DIREITO, TRANSNACIONALIDADE E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

VOL. III

REFLEXÕES ACADÊMICAS

PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina

Caderno de Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade e Inteligência Artificial – Vol. III

Organizador: Jeferson Zanini
Coorganizador: Luiz Felipe Schuch
Prefácio: Marcos Fey Probst

PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina

ISBN: 978-65-87982-18-2
Florianópolis
2025

Caderno de Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade e Inteligência Artificial – Vol. III

ORGANIZADORES

Jeferson Zanini

Luiz Felipe Schuch

AUTORES

Airto Chaves Junior
Alexandra Lorenzi da Silva
Ana Luisa Schmidt Ramos
André Luiz Anrain Trentini
Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva
Edison Alvanir Anjos de Oliveira Júnior
Eduardo Veiga Vidal
Hildemar Meneguzzi de Carvalho
João Bastos Nazareno dos Anjos
João Baptista Vieira Sell
Jefferson Zanini
Karen Francis Schubert
Laudenir Fernando Petroncini
Leandro Katscharowski Aguiar
Liliane Midori Yshiba Michels
Luciana Pelisser Gottardi Trentini
Luiz Felipe Siegert Schuch
Marco Aurélio Ghisi Machado
Marcos Fey Probst
Maria Letícia da Rosa Cornassini
Mauro Ferrandin
Marcelo Buzaglo Dantas
Natália de Souza Ferreira
Rafael Espíndola Berndt
Rafael Maas dos Anjos
Rafael Rabaldo Bottan
Raul Bertani de Campos

PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina

EDIÇÃO ELETRÔNICA
Florianópolis
2025

ACADEMIA JUDICIAL

Conselho Técnico-Científico
Desembargador Francisco Oliveira Neto
Desembargador Cid José Goulart Júnior
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch
Desembargador Marcos Fey Probst

Conselho Editorial
Desembargador Marcos Fey Probt
Desembargador Diogo Nicolau Pítsica
Juiz Maurício Cavallazzi Póvoas
Juíza Ana Luísa Schmidt Ramos
Juiz Silvio José Franco
Juiz Fernando Speck de Souza

Academia Judicial
Rua Almirante Lamego, 1386 - Centro
Florianópolis/ SC, 88015-601
Fone: (48) 3287-2801
academia@tjsc.jus.br
www.tjsc.jus.br/academia

C122 Caderno de reflexões acadêmicas: direito, transnacionalidade e inteligência artificial – vol. III [recurso eletrônico] / organizadores Jefferson Zanini, Luiz Felipe Schuch. – Florianópolis: Academia Judicial, 2025.

1 recurso online : PDF

ISBN: 978-65-87982-18-2

1. Ativismo judicial. 2. Meio ambiente. 3. Tutela jurisdicional. I. Zanini, Jefferson. II. Schuch, Luiz Felipe. III. Título.

CDDir: 340

Ficha catalográfica elaborada por Onir Alexandre Pereira de Sousa – CRB 14/1239

O conteúdo deste livro é de responsabilidade dos autores e não expressa qualquer posição técnica ou institucional do Poder Judiciário de Santa Catarina.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO **10**

PREFÁCIO **12**

DESAFIOS E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL EM CONTEXTOS AMBIENTAIS **17**
Alexandra Lorenzi da Silva

PODER JUDICIÁRIO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: MECANISMOS INTELIGENTES DE COLABORAÇÃO PARA O PROCESSO PENAL **42**
André Luiz Anrain Trentini

TRIBUNAIS *ON-LINE* E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: BRASIL E ESPANHA **61**
Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva

A MINERAÇÃO DE DADOS E A NECESSIDADE DE UMA FILTRAGEM ANTIRRACISTA PARA CRIAÇÃO DE ALGORITMOS DE APOIO À DECISÃO DAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA POLÍCIA PREDITIVA E DO RECONHECIMENTO FACIAL.....**91**
Edison Alvanir Anjos de Oliveira Júnior

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES **117**
Hildemar Meneguzzi de Carvalho

O ACESSO À JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE SOBRE O TEMA.....**133**
Ana Luisa Schmidt Ramos e Jefferson Zanini

AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA RESOLUÇÃO CNJ N. 525/2023: UMA ANÁLISE DA SUA CONSTITUCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA INTEGRIDADE POLÍTICA **162**
Ana Luisa Schmidt Ramos e Jefferson Zanini

DIREITO TRANSNACIONAL E SUAS FONTES NORMATIVAS: O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO E INTEGRAÇÃO ENTRE OS DIFERENTES SISTEMAS NORMATIVOS **185**
João Baptista Vieira Sell

NOTAS SOBRE O DEVER DE VERACIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....**201**
João Bastos Nazareno dos Anjos

DIREITO DO CONSUMIDOR: ORIGEM, SOLIDIFICAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES PARA O FUTURO.....**221**
Karen Francis Schubert

A NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL E SEU CONTROLE JUDICIAL ..**245**
Laudenir Fernando Petroncini e Marcelo Buzaglo Dantas

DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: NO CAMINHO DE UM DIREITO GLOBAL.....**285**
Leandro Katscharowski Aguiar

RETENÇÃO ESCOLAR VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA: OS DESAFIOS DA LEI DE BASES DA EDUCAÇÃO E OS AVANÇOS DA JURISPRUDÊNCIA.....**317**
Liliane Midori Yshiba Michels e Maria Letícia da Rosa Cornassini

ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA ERA DIGITAL.....**349**
Luciana Pelisser Gottardi Trentini

A EVOLUÇÃO DAS FONTES DO DIREITO E A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE.....**368**
Marco Aurélio Ghisi Machado e Gilson Jacobsen

O COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO MEDIADO POR SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA PROPOSTA **386**
Mauro Ferrandin e Airto Chaves Junior

A QUESTÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DA CRÍTICA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA: APONTAMENTOS SOBRE A ADPF 442-STF **416**
Rafael Espíndola Berndt

O DIREITO AO REPARO EM TEMPOS OBSOLETOS.....**432**
Rafael Maas dos Anjos e Marcelo Buzaglo Dantas

A SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA DA PERCEPÇÃO DO DIREITO NO ATUAL CONTEXTO TRANSNACIONAL **468**
Rafael Rabaldo Bottan

RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E ITALIANA **497**
Eduardo Veiga Vidal e Raul Bertani de Campos

A RESISTÊNCIA COMO ELEMENTO PARA DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR **512**
Marcos Fey Probst e Natália de Souza Ferreira

A ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DESAFIOS: BREVES REFLEXÕES **532**
Luiz Felipe Schuch

APRESENTAÇÃO

Certa frase atribuída a Aristóteles parece conter uma grande verdade: *a dúvida é o princípio da sabedoria*.

Sabemos que a dúvida, a curiosidade e a criatividade são características distintivas dos seres humanos e servem como combustíveis ou molas propulsoras para uma eterna busca por conhecimento, voltado não apenas para a compreensão dos fatos naturais e sociais ou para a produção de maravilhas tecnológicas, mas também para cada um entender a si próprio e situar-se em um planeta em acelerada mutação.

Ciente dessa condição humana, e desde os idos de 1991, com a criação do Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), posteriormente transformado na atual Academia Judicial, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem oportunizando espaços de discussão e desenvolvendo intenso trabalho voltado para a formação inicial e continuada de magistrados e servidores, tanto no plano técnico como no espectro humanístico, cujos resultados podem ser medidos e apurados pela qualidade sempre crescente dos serviços prestados aos cidadãos catarinenses.

Eis a razão pela qual nos sentimos orgulhosos de apresentar este terceiro volume do *e-book* “Caderno de Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade e Inteligência Artificial”. Não se trata de apenas mais um livro. Este é um produto resultante de décadas de dedicação, comprometimento e amor à educação, esta última considerada como um agente capaz de transformar e melhorar as nossas vidas.

Idealizado pelo amigo e Juiz Jefferson Zanini, com quem compartilho o projeto e a coordenação, o presente *e-book* contou com adesão significativa de magistradas e magistrados pesquisadores, os quais trouxeram novas luzes, dúvidas e reflexões para relevantes questões do direito contemporâneo, em artigos que merecem destaque ao proporem, de forma expressa ou implícita, a construção de uma sociedade mais justa, harmônica e solidária.

A obra também materializa a importância dos contínuos investimentos do Poder Judiciário catarinense no aperfeiçoamento do seu corpo funcional, notadamente quando

os sistemas jurídicos mundiais se encontram em processo veloz de ajustes, aproximações, intercambialidades, avanços e, por vezes, retrocessos, fenômenos que exigem uma visão cada vez mais ampla e aprofundada por parte de todos os integrantes da comunidade jurídica.

Enfim, trata-se de um trabalho moderno, produzido com rigor metodológico e científico pelos seus autores, todos com reconhecida atuação em suas respectivas carreiras jurídicas, bem como elogiável determinação nas pesquisas acadêmicas desenvolvidas ao longo dos anos.

Com renovado entusiasmo, recomendo a leitura a todos os que defendem o Direito como uma grande ferramenta de estabilização social e, especialmente, como um catalizador na preservação e respeito à dignidade humana.

Luiz Felipe Siegert Schuch

Desembargador do TJSC
Diretor-executivo da Academia Judicial
Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas (Brasil)
Doutor em Águas e Sustentabilidade (Espanha)

PREFÁCIO

Com imensa alegria e satisfação, recebi o convite dos organizadores da presente obra, Luiz Felipe Schuch e Jefferson Zanini, que também constam como distintos autores do *Caderno Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade e Inteligência Artificial,* fruto dos trabalhos de pesquisa desenvolvidos por magistradas e magistrados no âmbito dos cursos de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado), com o apoio institucional do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Lançada em formato *e-book*, a presente obra traz importantes reflexões sobre temas da maior relevância e atualidade para o Direito e a atividade jurisdicional, numa abordagem cosmopolita, sem perder de vista a realidade e os desafios vivenciados pelo Poder Judiciário brasileiro.

Na obra *Caderno Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade e Inteligência Artificial,* o leitor será apresentado aos seguintes estudos:

1. DESAFIOS E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL EM CONTEXTOS AMBIENTAIS (**Alexandra Lorenzi Da Silva**). A autora aborda a relação entre o Poder Judiciário e a proteção ambiental, com foco nos limites e desafios do ativismo judicial no Brasil, partindo do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que estabelece o meio ambiente como um direito fundamental.
2. PODER JUDICIÁRIO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: MECANISMOS INTELIGENTES DE COLABORAÇÃO PARA O PROCESSO PENAL (**André Luiz Anrain Trentini**). O autor investiga a jurisdição, essencial para resolver conflitos e proteger direitos, destacando desafios modernos como a judicialização massiva e as novas tecnologias à disposição do Poder Judiciário.
3. TRIBUNAIS *ON-LINE* E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: BRASIL E ESPANHA (**Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva**). A pesquisa busca analisar de que forma as transformações tecnológicas aceleraram a digitalização da Justiça no Brasil e Espanha, a partir da necessidade de proteção dos dados pessoais dos usuários.
4. A MINERAÇÃO DE DADOS E A NECESSIDADE DE UMA FILTRAGEM ANTIRRACISTA PARA CRIAÇÃO DE ALGORITMOS DE APOIO À DECISÃO DAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DA POLÍCIA PREDITIVA E DO RECONHECIMENTO FACIAL (**Edison Alvanir Anjos de Oliveira Júnior**). O estudo tem como objetivo analisar o impacto da ausência de uma filtragem antirracista na mineração de dados sobre a eficácia e a equidade dos algoritmos de apoio à decisão

5. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES (**Hildemar Meneguzzi de Carvalho**). A autora apresenta um recorte histórico da luta sobre os direitos femininos desde os seus primórdios até os dias atuais, incluindo a Resolução 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça, que tornou cogente a norma de julgamento sob a perspectiva de gênero.
6. O ACESSO À JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE SOBRE O TEMA (**Ana Luisa Schmidt Ramos e Jefferson Zanini**). Pretende-se, com o artigo, analisar a compreensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao Acesso à Justiça e discutir a importância do controle jurisdicional interno de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.
7. AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA RESOLUÇÃO CNJ N. 525/2023: UMA ANÁLISE DA SUA CONSTITUCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA INTEGRIDADE POLÍTICA (**Ana Luisa Schmidt Ramos e Jefferson Zanini**). Esse artigo avalia a constitucionalidade das exceções contidas na Resolução CNJ n. 525/2023 à luz da teoria da integridade política desenvolvida por Ronald Dworkin.
8. DIREITO TRANSNACIONAL E SUAS FONTES NORMATIVAS: O DESAFIO DA IMPLEMENTAÇÃO E INTEGRAÇÃO ENTRE OS DIFERENTES SISTEMAS NORMATIVOS (**João Baptista Vieira Sell**). No estudo, o autor aborda o surgimento do Estado Moderno como determinante para uma nova ordem global consubstanciada na centralização do poder do Estado, pautada na soberania de suas decisões e nos limites de seu território, bem como o monopólio da produção normativa, que, diante do pluralismo jurídico, deve evoluir de modo a preservar a legislação nacional, sem prejuízo da incorporação (ao ordenamento jurídico) das normas transnacionais benéficas à sociedade.
9. NOTAS SOBRE O DEVER DE VERACIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (**João Bastos Nazareno Dos Anjos**). O artigo tem por escopo analisar o dever de veracidade e de completude no processo civil brasileiro, sobretudo tendo em vista o modelo cooperativo reforçado pelo CPC de 2015. Parte-se da compreensão atual do princípio da colaboração e dos deveres que dele decorrem, para entender como o dever de dizer a verdade se instala no sistema processual brasileiro.
10. DIREITO DO CONSUMIDOR: ORIGEM, SOLIDIFICAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES PARA O FUTURO (**Karen Francis Schubert**). A autora aborda o direito do consumidor desde sua positivação no ordenamento jurídico, tanto no âmbito internacional quanto no Brasil, até o momento atual de consolidação, visando descobrir seu caminho futuro, pautado de forma equilibrada e sustentável em relação à livre iniciativa.

11. A NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL E SEU CONTROLE JUDICIAL (**Laudenir Fernando Petroncini e Marcelo Buzaglo Dantas**). O artigo explora a natureza jurídica da licença ambiental e seu controle judicial, perpassando avanços e desafios diante dos comandos constitucionais vigentes.
12. DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: NO CAMINHO DE UM DIREITO GLOBAL (**Leandro Katscharowski Aguiar**). O autor demonstra como o Direito Global — dotado de uma nova lógica organizadora, que mescla aos modelos jurídicos estatais preexistentes outros e novos instrumentos normativos provenientes dos atores transnacionais, em todos os seus níveis de atuação (local, regional, nacional e global) — desponta como alternativa viável para uma transição paradigmática, favorecendo a criação de novos espaços de governança e o estabelecimento de uma pauta axiológica de amplo consenso em torno de questões relevantes para a humanidade.
13. RETENÇÃO ESCOLAR VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA: OS DESAFIOS DA LEI DE BASES DA EDUCAÇÃO E OS AVANÇOS DA JURISPRUDÊNCIA (**Liliane Midori Yshiba Michels e Maria Letícia da Rosa Cornassini**). O artigo desenvolve o direito à educação inclusiva como dever do Estado de assegurar que a educação de pessoas com TEA observe o desenvolvimento individual, a partir da demonstração do papel essencial da jurisprudência para garantir o direito de retenção escolar voluntária de crianças com TEA no ensino infantil e para superar a barreira da LDB.
14. ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA ERA DIGITAL (**Luciana Pelisser Gottardi Trentini**). O artigo explora o conceito de acesso à justiça, enfatizando sua evolução histórica e as diferentes perspectivas envolvidas, fornecendo uma visão crítica sobre a efetividade dos mecanismos de acesso à justiça, identificando desafios e oportunidades decorrentes da integração de novas tecnologias no campo jurídico e promovendo um debate sobre o futuro da justiça em um mundo cada vez mais digital.
15. A EVOLUÇÃO DAS FONTES DO DIREITO E A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE (**Marco Aurélio Ghisi Machado**). O autor examina a evolução das fontes do direito e sua relação com a segurança jurídica, abordando as classificações, regimes jurídicos e conceitos centrais, com ênfase na importância de integrar valores morais e éticos nas normas jurídicas para atender às demandas de uma sociedade em constante transformação.
16. O COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO MEDIADO POR SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA PROPOSTA (**Mauro Ferrandin e Airto Chaves Junior**). A pesquisa tem por objetivo propor que o comparecimento periódico em juízo, nas diversas acepções do instituto, seja mediado por sistemas de inteligência artificial, de forma a reduzir a estigmatização do investigado/acusado/condenado e a impactar positivamente na comunicação, fiscalização e cumprimento eficiente de decisões judiciais criminais que demandam a presença do obrigado em juízo.

17. A QUESTÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DA CRÍTICA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA: APONTAMENTOS SOBRE A ADPF 442-STF (**Rafael Espíndola Berndt**). O artigo possui como objeto a apresentação da crítica institucional e democrática à doutrina da supremacia judicial, valendo-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 442 para demonstrar os contornos da temática a ser apresentada.

18. O DIREITO AO REPARO EM TEMPOS OBSOLETOS (**Rafael Maas dos Anjos e Marcelo Buzaglo Dantas**). A pesquisa volta-se ao impacto da ação humana no meio ambiente e seus conflitos nas esferas política, econômica, social, cultural e jurídica. A ciência jurídica, nesse contexto, tem um papel fundamental ao desenvolver instrumentos jurídicos que promovam o equilíbrio entre desenvolvimento e preservação ambiental.

19. A SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA DA PERCEPÇÃO DO DIREITO NO ATUAL CONTEXTO TRANSNACIONAL (**Rafael Rabaldo Bottan**). O autor aborda o tema da sustentabilidade, que — com suas múltiplas dimensões e cariz transdisciplinar, para além de seu caráter de princípio jurídico norteador de comportamentos — se apresenta como um paradigma multifacetado tendente a promover e assegurar a preservação planetária.

20. RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO À LUZ DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRA E ITALIANA (**Eduardo Veiga Vidal e Raul Bertani de Campos**). O artigo aborda aspectos da recuperação de ativos no Brasil por meio da criminalização do enriquecimento ilícito, em contextos de criminalidade organizada e de corrupção. Para tanto, analisa as experiências de países europeus, notadamente da Itália, cujas discussões servem de norte e inspiração à realidade brasileira.

21. A RESISTÊNCIA COMO ELEMENTO PARA DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR (**Marcos Fey Probst e Natália de Souza Ferreira**). O artigo estuda a importância da resistência (pretensão resistida) como elemento essencial para a caracterização do interesse de agir no processo judicial. Ressaltam os autores que a ponderação não visa obstar o acesso à justiça, mas somente justificar a necessidade de acesso ao Poder Judiciário, de modo a racionalizar a atuação jurisdicional e resguardá-la aos casos que efetivamente careçam da apreciação pelo Estado-Juiz.

22. A ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: DESAFIOS: BREVES REFLEXÕES (**Luiz Felipe Schuch**). No artigo, o autor busca identificar se existem dificuldades ou barreiras para a operacionalização dos instrumentos processuais em torno da estabilização da jurisprudência brasileira, a partir dos dados disponíveis sobre as características socioeconômicas do Brasil (um país continental), a estrutura judicial disponível e o grau de litigiosidade existente, assim como as diferenças entre os sistemas jurídicos de países integrantes de famílias distintas, como a *civil-law* e a *common-law.*

O rol de temas acima listados demonstra a relevância e a atualidade da presente obra jurídica, que compila textos oriundos da pesquisa de integrantes do Poder Judiciário, muitos elaborados a partir do conhecimento adquirido em renomadas universidades estrangeiras.

Assim, o *Caderno Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade e Inteligência Artificial* reforça o compromisso institucional da Academia Judicial como catalisadora do conhecimento científico junto ao Poder Judiciário catarinense, voltado ao aprimoramento do corpo funcional e do compartilhamento das boas práticas de gestão.

Proveitosa leitura!

Marcos Fey Probst

Desembargador do TJSC
Vice-diretor da Academia Judicial
Pós-doutor em Direito pela Univali

DESAFIOS E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL EM CONTEXTOS AMBIENTAIS

CHALLENGES AND LIMITS OF JUDICIAL ACTIVISM IN ENVIRONMENTAL CONTEXTS

Alexandra Lorenzi da Silva[1]

Resumo: O trabalho em tela aborda a relação entre o Poder Judiciário e a proteção ambiental, com foco nos limites e desafios do ativismo judicial no Brasil. Partindo do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que estabelece o meio ambiente como um direito fundamental, o Judiciário tem atuado de forma proativa para garantir a preservação ambiental, principalmente em cenários de inércia dos outros poderes, como o Legislativo. O conceito de ativismo judicial em questões ambientais envolve a intervenção dos juízes na aplicação de normas ambientais para proteger bens jurídicos como a biodiversidade e a qualidade de vida. O estudo também explora o papel do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, destacando a complexidade de harmonizar as normas internas e internacionais diante dos desafios globais, como as mudanças climáticas e a perda de biodiversidade. Também são discutidos os limites do Judiciário ao influenciar políticas públicas ambientais, confrontando o princípio da separação dos poderes e os conceitos de soberania nacional, especialmente em um contexto de governança global ambiental.

Palavras-chave: ativismo judicial; meio ambiental; tutela jurisdicional.

Abstract: The paper addresses the relationship between the Judiciary and environmental protection, focusing on the limits and challenges of judicial activism in Brazil. Based on art. 225 of the 1988 Federal Constitution, which establishes the environment as a fundamental right, the Judiciary has acted proactively to ensure environmental preservation, especially in scenarios of inertia of other branches of government, such as the Legislature. The concept of judicial activism in environmental issues involves the intervention of judges in the application of environmental standards to protect legal assets such as biodiversity and quality of life. The study also explores the role of International Environmental Law (IEL) and its influence on the Brazilian legal system, highlighting the complexity of harmonizing domestic and international standards in the face of global challenges, such as climate change and biodiversity loss. The limits of the Judiciary in influencing environmental public policies are also discussed, confronting the principle of separation of powers and the concepts of national sovereignty, especially in a context of global environmental governance.

Keywords: judicial activism; environmental environment; jurisdictional protection.

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – e Universidade de Alicante – UA; Juíza de Direito.

INTRODUÇÃO

A relação entre o Poder Judiciário e a proteção do meio ambiente tem-se consolidado como uma questão central nas discussões sobre os limites e desafios do ativismo judicial; o conceito desse ativismo, por si só, suscita debates acirrados, especialmente no que tange à sua aplicação em áreas como a ambiental, que tradicionalmente demandam a atuação coordenada de diversos setores do Estado e da sociedade. No Brasil, esse fenômeno é intensificado pelo cenário constitucional que coloca a proteção ambiental como um direito fundamental, estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. A partir dessa base normativa, o Judiciário tem sido chamado a intervir em situações de omissão ou ineficácia dos outros poderes, especialmente do Legislativo, em assegurar a preservação do meio ambiente e a garantia de uma 'sadia qualidade de vida' para as presentes e futuras gerações.

O ativismo judicial no campo ambiental pode ser entendido como uma postura proativa dos juízes na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao meio ambiente, tal postura é geralmente justificada pela necessidade de proteger bens jurídicos de grande relevância, como o equilíbrio ecológico, a biodiversidade, os recursos naturais e a qualidade de vida da população. No entanto, o ativismo judicial também enfrenta severas críticas, sobretudo por parte de correntes doutrinárias que questionam a legitimidade do Poder Judiciário em formular ou influenciar políticas públicas, uma função que, segundo a teoria da separação dos poderes, seria prerrogativa do Legislativo e do Executivo.

Esse debate ganha ainda mais complexidade quando se considera a dimensão global da proteção ambiental, aqui merece destaque o Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) que desempenha um papel essencial na construção de um arcabouço normativo que visa enfrentar desafios ambientais globais, como as mudanças climáticas, a poluição transfronteiriça e a perda de biodiversidade. A integração entre o direito ambiental nacional e o internacional é fundamental para garantir a eficácia das normas ambientais, uma vez que muitos dos problemas ambientais enfrentados no território nacional são de natureza global e demandam respostas que ultrapassam as fronteiras do Brasil.

A atual Carta Constitucional foi um marco na institucionalização da proteção ambiental no país, ao consagrar o meio ambiente como direito fundamental, esse reconhecimento abriu espaço para que o Poder Judiciário assumisse um papel de destaque na efetivação dos direitos ambientais, especialmente em contextos de inércia legislativa ou falhas na implementação de políticas públicas ambientais. Nesse sentido, o ativismo judicial emerge como uma forma de suprir a omissão estatal, garantindo que os compromissos constitucionais e internacionais assumidos pelo Brasil em relação à proteção ambiental sejam cumpridos.

Todavia, essa atuação mais incisiva do Judiciário não está isenta de desafios, a definição dos limites do ativismo judicial em questões ambientais é uma tarefa complexa, que exige a consideração de múltiplos fatores, como a competência constitucional dos poderes, a legitimidade democrática das decisões judiciais e a necessidade de garantir a sustentabilidade a longo prazo. O próprio conceito de soberania nacional, tradicionalmente associado ao controle exclusivo do Estado sobre seus recursos naturais, tem sido reconfigurado no contexto do DIMA, diante da crescente interdependência dos países na gestão de problemas ambientais globais.

A jurisprudência ambiental brasileira tem evoluído significativamente nas últimas décadas, especialmente no que diz respeito à responsabilização penal e civil de pessoas físicas e jurídicas por danos ambientais, a Lei n. 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, foi um passo importante na consolidação da proteção ambiental no Brasil, ao prever a responsabilização tanto de indivíduos quanto de empresas por práticas lesivas ao meio ambiente. No entanto, a aplicação efetiva dessas normas tem encontrado barreiras, principalmente em razão da falta de harmonização entre as diversas legislações ambientais e a complexidade de gerir os riscos ambientais em um país com grandes disparidades socioeconômicas e uma vasta extensão territorial.

Além disso, o papel do Judiciário no desenvolvimento de uma jurisdição ambiental eficaz é de fundamental importância, a ideia de que a proteção ambiental deve ser compartilhada entre o Estado e a sociedade, conforme previsto no artigo 225 do texto constitucional, impõe ao Judiciário a responsabilidade de garantir o acesso à justiça ambiental, especialmente em contextos de vulnerabilidade social e risco ambiental. O conceito de justiça

ambiental, nesse sentido, abrange não apenas a proteção do meio ambiente em si, mas também a garantia de que as populações mais afetadas pelos danos ambientais tenham acesso a mecanismos de reparação e proteção.

Assim, o presente trabalho busca analisar os desafios e limites do ativismo judicial no campo ambiental, explorando tanto o arcabouço legal e jurisprudencial brasileiro quanto as influências do Direito Internacional do Meio Ambiente. A partir dessa análise, pretende-se discutir as potencialidades e as limitações da atuação judicial na promoção de uma justiça ambiental mais efetiva e equilibrada, capaz de lidar com os complexos desafios do século XXI. O estudo investigará, também, a maneira como o ativismo judicial pode contribuir para a implementação de políticas públicas ambientais, ao mesmo tempo em que respeita os princípios da separação dos poderes e da soberania nacional, reconfigurados no contexto da governança global ambiental.

1 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO: IMPLICAÇÕES PARA A SOBERANIA E A GOVERNANÇA GLOBAL

A noção de “meio” se apresenta como conceitualmente mais produtiva do que a de “ambiente”. A ideia de ambiente carrega consigo a pressuposição de um ponto central – o ser humano – que seria circundado por elementos externos. Dessa forma, perpetua-se uma visão antropocêntrica, monológica e unilateral. Por outro lado, o conceito de “meio” refere-se tanto ao que está entre os elementos quanto ao que os envolve, podendo ser pensado e construído tanto a partir do ser humano quanto dos ecossistemas. Ele abrange simultaneamente aspectos naturais e culturais, subjetivos e objetivos, coletivos e individuais. O que caracteriza o meio é seu núcleo relacional, composto por um conjunto de práticas que englobam as dimensões ecológicas, técnicas, estéticas e políticas.

A Constituição brasileira adota sabiamente a expressão “meio ambiente” que deve ser respeitada e utilizada não apenas em razão de seu caráter normativo, mas também devido ao amplo significado que a expressão comporta.[2] A Lei n. 6.938/81 define o meio ambiente, em seu art. 3º, inc. I,

[2] PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. (Coleção direito vivo). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.

como o conjunto de fatores físicos, químicos e biológicos, bem como suas interações e leis, que possibilitam, sustentam e regulam a vida em todas as suas manifestações, embasada em conceitos das ciências naturais[3]. Tal definição foi ampliada pela Constituição de 1988, que incorporou o meio ambiente artificial, cultural e do trabalho ao se referir à "sadia qualidade de vida", conforme expresso no art. 225: "Art. 225. 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"[4].

O direito ambiental nacional possui uma estreita relação com o Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA). Frequentemente, questões internas recorrem a normas internacionais, e decisões judiciais nacionais aplicam tais normas em casos locais. A proteção ambiental está inserida na agenda global e é um dos principais temas debatidos em fóruns internacionais, o que tem possibilitado o desenvolvimento de uma especialização no âmbito do Direito Internacional Público[5].

Desde 1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem promovido conferências internacionais voltadas para a discussão de temas ambientais. O DIMA representa uma resposta da comunidade internacional à deterioração dos recursos ambientais em escala global. Essa resposta jurídica reflete o entendimento compartilhado pelos sujeitos de Direito Internacional de que apenas uma ação coordenada entre os diversos atores internacionais pode enfrentar problemas que ultrapassam as fronteiras de um único Estado. Embora acordos internacionais sobre questões ambientais existissem anteriormente, foi apenas no século XX que a preocupação com o meio ambiente se tornou mais evidente e presente no cenário internacional.

É importante destacar que a preocupação com a proteção ambiental emerge inicialmente no âmbito interno de cada país, disseminando-se gradualmente para a esfera internacional. Um dos requisitos fundamentais para

---

[3] BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 3 jan. 2025.
[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 jan. 2025.
[5] REI, F. C. F. International environmental law and global environmental governance: southern influences. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 143165, mai./ago. 2018. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1257. Acesso em:

o desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) é a existência de instituições internacionais estáveis, as quais, no mínimo, expressem a intenção de cooperação entre os países. Isso se deve ao fato de que a gestão de questões multilaterais não é viável sem a presença de instituições que articulem essas questões de forma pacífica e colaborativa. O tema ambiental e o conjunto de normas a ele relacionadas possuem uma natureza de alcance global[6], e, dessa maneira, requerem um tratamento que envolva a comunidade internacional e os diversos mecanismos criados por ela.

Nesse sentido, o DIMA pode ser caracterizado como o conjunto de normas (cogentes ou não), princípios e práticas internacionais que geram obrigações e direitos relativos à proteção ambiental, da natureza e dos recursos naturais, no contexto da comunidade internacional. Incluem-se aqui assuntos que afetam simultaneamente múltiplos Estados, como poluições transfronteiriças, recursos marinhos, mudanças climáticas globais e preservação da biodiversidade, além de questões de interesse regional, como a proteção de rios internacionais ou florestas que se estendem por mais de um país.

Entre as características mais distintivas do DIMA, destacam-se: (1) sua recente consolidação, (2) sua setorização, (3) seu caráter prospectivo, (4) a reconfiguração do conceito de soberania nacional, e (5) a transformação de seus elementos constitutivos, como as fontes e os sujeitos de direito.

O DIMA é constituído por tratados, convenções e declarações internacionais voltados à proteção ambiental, sendo notoriamente desafiador identificar uma coerência entre suas diversas normas. A harmonização de todo esse conjunto é uma tarefa complexa, e talvez até inviável. Nesse sentido, é mais apropriado adotar o conceito de setorização no DIMA, ou seja, buscar a harmonização entre conjuntos específicos de tratados e convenções internacionais. Além disso, não se pode negligenciar as profundas conexões entre o DIMA, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Econômico, dada a grande sobreposição entre esses campos. Assim, o DIMA é abrangente e não pode ser analisado de forma dissociada dos contextos econômicos e sociais.

---

[6] ANTUNES, Paulo de B. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

Outrossim, a Declaração de Estocolmo, proclamada em 1972, ilustra bem esse ponto. Nesse documento, a Conferência destaca que o meio ambiente humano possui dois aspectos: (1) o natural e (2) o artificial. Ambos são fundamentais para que os indivíduos possam usufruir de bem-estar, dos direitos humanos essenciais e até mesmo da própria vida. Portanto, proteger e melhorar o meio ambiente é uma questão de importância central, que impacta diretamente o desenvolvimento econômico global, sendo tanto um desejo das populações quanto uma obrigação dos governos.[7]

A partir da Declaração de Estocolmo de 1972, percebe-se uma interseção significativa entre os direitos ambientais e os direitos humanos, já que o meio ambiente é diretamente relacionado ao bem-estar e à qualidade de vida das populações, esse entendimento amplia a noção de que a proteção ambiental não se trata apenas de uma questão ecológica, mas de um direito fundamental que afeta o exercício pleno de outros direitos humanos, como o direito à saúde, à habitação e ao desenvolvimento sustentável. Ao vincular o meio ambiente aos direitos humanos, o Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) assume um caráter ainda mais abrangente e interconectado com as demais esferas do Direito Internacional, exigindo uma abordagem multidisciplinar e colaborativa entre diferentes setores da sociedade e nações.[8]

Além disso, o conceito de soberania, tradicionalmente compreendido como o controle absoluto de um Estado sobre seus recursos naturais e território, tem sido progressivamente reconfigurado no contexto do DIMA, essa transformação surge da necessidade de enfrentar problemas ambientais que ultrapassam as fronteiras nacionais, como as mudanças climáticas, a poluição transfronteiriça e a perda de biodiversidade. A soberania nacional, nesse sentido, não pode mais ser vista de forma isolada, devendo ser adaptada para um modelo de soberania compartilhada ou cooperativa, onde os Estados reconhecem suas responsabilidades globais e se comprometem a atuar em conjunto para a proteção ambiental, mesmo quando isso implica restrições a suas decisões internas.

A implementação de acordos internacionais, como o Acordo de Paris sobre mudanças climáticas, é um exemplo claro dessa nova configuração de

[7] Ibidem.
[8] LEUZINGER, Márcia; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Elsevier Brasil, 2013.

soberania, os compromissos firmados nesses acordos refletem a aceitação, por parte dos Estados, de que suas ações ou omissões no âmbito ambiental afetam diretamente a comunidade internacional, exigindo, portanto, uma governança global efetiva e a criação de mecanismos para garantir o cumprimento das metas ambientais estabelecidas. A soberania ambiental, assim, evolui para um conceito onde a proteção dos bens ambientais globais se torna uma responsabilidade coletiva, exigindo coordenação entre Estados e a sociedade civil.

2 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS

Conforme observado por Diniz[9], a tutela penal do meio ambiente é de fundamental importância, sobretudo quando os mecanismos administrativos e civis se revelam insuficientes ou incapazes de alcançar os resultados desejados. Nesse contexto, a Lei n. 9.605/98 e o Decreto n. 3.179/99, ao estabelecerem os crimes ambientais, buscaram minimizar a aplicação de penas privativas de liberdade, preferindo, em grande parte dos casos, a imposição de penas alternativas. Essa postura é vista como adequada para a proteção efetiva do meio ambiente, entendendo-se que o bem jurídico a ser resguardado compreende diversos elementos, como fauna, flora, solo, ar, águas e a paisagem, dentre outras manifestações do bem ambiental, conforme estipulado na legislação. Entre os atos considerados crimes ambientais, destacam-se a execução de atividades de pesquisa, extração de recursos minerais sem a devida autorização ou licença, assim como o manuseio, comercialização e uso de substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas, e a construção ou funcionamento de empreendimentos poluidores sem a devida licença dos órgãos competentes.

A criminalização de condutas que causam danos ao meio ambiente, conforme os artigos 7º a 13, 18 e 21 a 24 da Lei n. 9.605/98, visa à aplicação de penas menos severas, restringindo-se, muitas vezes, à diminuição de penas privativas de liberdade ou à imposição de penas restritivas de direitos. No campo do direito penal, o Ministério Público tem a atribuição de promover a

[9] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva: 2017.

ação penal pública incondicionada, conforme os artigos 129 da Constituição Federal e 26 a 28 da Lei n. 9.605/98. A ação penal privada só será cabível em casos de inércia do Ministério Público, de acordo com o art. 5º, LIX, da Constituição Federal, e o art. 29 do Código de Processo Penal, em consonância com o art. 100, §3º, do Código Penal.

Diniz[10] também destaca que, com a promulgação da Lei n. 9.605/98, muitas contravenções penais foram tipificadas como crimes. Excetuando-se o crime de incêndio em áreas florestais (art. 41 da referida lei), os demais crimes ambientais são classificados como de menor potencial ofensivo, o que permite a suspensão antecipada do processo, conforme previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, combinado com o art. 28 da Lei n. 9.605/98. Cabe ressaltar que a competência para julgar esses crimes nem sempre será da Justiça Federal (art. 109, IV, da CF), visto que a tutela ambiental envolve competências concorrentes entre os entes federativos, conforme os arts. 23, 24 e 225 da Constituição Federal.

A Justiça Federal será competente para julgar crimes que envolvam bens sob domínio da União, suas autarquias ou empresas públicas, como crimes contra a fauna, flora, poluição e demais delitos ambientais previstos na legislação, assim como crimes contra o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e a administração ambiental, conforme os arts. 26 a 28, 38 a 53, 54 a 61, 62 a 65 e 66 a 69 da Lei n. 9.605/98.

No campo da proteção penal do meio ambiente, é essencial observar que a Lei n. 9.605/98, em seu artigo 3º e parágrafo único, bem como a Constituição Federal, em seu artigo 225, § 3º, preveem a possibilidade de responsabilização administrativa, civil e penal das pessoas jurídicas por práticas lesivas ao meio ambiente. A legislação ressalva, no entanto, que essa responsabilização não exclui a de pessoas físicas, autoras ou coautoras do mesmo ato. O artigo 21 da mesma lei dispõe, ainda, sobre a aplicação isolada, cumulativa ou alternativa de penas às pessoas jurídicas, que podem incluir multa, restrição de direitos ou prestação de serviços à comunidade. Diversos países, como México, Cuba, Costa Rica, França, Portugal, Holanda, Inglaterra,

[10] Ibidem.

Bélgica, Irlanda do Norte, Suécia, Austrália, Canadá, Estados Unidos e Brasil, adotam a responsabilização penal de pessoas jurídicas por danos ambientais.

Uma questão contemporânea que tem gerado grande debate teórico é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por danos ambientais. As correntes doutrinárias, tanto no Brasil quanto no exterior, divergem quanto a essa forma de responsabilização. Julio Fabrini Mirabete e Renato Fabrini[11] sugerem que a aplicação de penas às pessoas jurídicas deveria ser evitada, propondo, em seu lugar, medidas como perda de bens, multa, ou a suspensão ou interdição de direitos. Essas medidas seriam adotadas como consequência da condenação nos casos em que a culpabilidade fosse atribuída às pessoas físicas responsáveis.

Parte da doutrina sustenta que não é possível punir as pessoas jurídicas, uma vez que elas só agem por meio de seus órgãos. Assim, não seria adequado que se aplicasse uma pena à entidade jurídica, já que os atos delituosos ambientais deveriam ser imputados diretamente aos seus representantes. Essa perspectiva aponta que punir a pessoa jurídica por atos cometidos por indivíduos equivaleria ao retorno à responsabilidade coletiva, violando o princípio da personalização da pena. Tal princípio, consagrado no artigo 5º, inciso XLV, do texto constitucional, estabelece que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, ou seja, ninguém pode ser punido por delito cometido por outrem. Maria Helena Diniz[12] reforça essa visão, argumentando que punir uma pessoa jurídica implicaria a imposição de sanções a todos os seus membros, independentemente de terem participado ou não do crime.

De acordo com a autora, no caso de uma pessoa jurídica ser penalizada com multa, o valor deverá ser pago pelo fundo comum, formado pelas contribuições de todos os sócios, e não apenas pelo sócio que cometeu a infração. Se a pena aplicada for a prestação de serviços à comunidade, todos os membros da sociedade, independentemente de sua culpa, devem colaborar para seu cumprimento.[13]

---

[11] MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 2016.
[12] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva: 2017.
[13] Ibidem.

Em sociedades de capital e indústria, onde um dos sócios contribui apenas com trabalho, se esse sócio comete um crime ambiental durante suas atividades laborativas e a sociedade é multada, somente o sócio que aporta o capital será responsável pelo pagamento da multa, pois ele é o único responsável pelas obrigações sociais. Maria Helena Diniz[14] destaca, ainda, a complexidade que pode surgir na identificação do agente poluidor quando a responsabilidade é imputada à pessoa jurídica. Em casos de incorporação, por exemplo, se a empresa B é incorporada pela empresa A e, consequentemente, deixa de existir, suas obrigações passam a ser da empresa A. No entanto, se a empresa B estava sendo processada por crime ambiental, surge a questão: qual das empresas deve ser punida? Como B deixou de existir, a responsabilidade recai sobre A, que a incorporou. Contudo, isso poderia violar um princípio fundamental do direito penal, o qual estabelece que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado.

Carlos Ernani Constantino[15] sugere que seria mais adequado aplicar sanções cíveis e administrativas rigorosas às pessoas jurídicas que poluem o meio ambiente, e argumenta que o art. 3º da Lei n. 9.605/98 seria inconstitucional. Nesse contexto, surge o debate sobre como conciliar o art. 5º, XLV, com o art. 225, § 3º, da Magna Carta. Maria Helena Diniz[16] defende que, pelo princípio da especialidade, a norma especial deve prevalecer sobre a geral, permitindo que uma pessoa jurídica possa ser responsabilizada penalmente por crimes. Assim, o art. 225, § 3º, da Constituição, que é uma norma específica, prevaleceria sobre o art. 5º, XLV, uma norma geral que trata da proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, o art. 3º da Lei n. 9.605/98 é considerado constitucional, por estar em conformidade com o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição.

Diante das divergências doutrinárias sobre a responsabilidade penal de pessoas jurídicas por danos ambientais, é fundamental reconhecer que a proteção do meio ambiente exige a aplicação de medidas eficazes e proporcionais à gravidade dos atos lesivos, independentemente de serem

---

[14] Ibidem.
[15] CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos:** a lei ambiental comentada artigo por artigo; aspectos penais e processuais penal. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.
[16] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva: 2017.

praticados por pessoas físicas ou jurídicas, a responsabilização penal de empresas, prevista na legislação ambiental brasileira, reflete um compromisso com a preservação do meio ambiente, atendendo à necessidade de impor sanções adequadas para coibir práticas que prejudicam os recursos naturais e afetam a sociedade como um todo. Assim, ao garantir a possibilidade de punição tanto para indivíduos quanto para entidades jurídicas, a legislação ambiental visa promover um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a proteção do patrimônio ambiental.

3 DESAFIOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO AMBIENTAL

Diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, no Brasil existe uma notável ausência de pesquisas científicas que tratem da origem do conceito de “ativismo judicial”. As investigações que discutem o ativismo judicial no Brasil, ao delinearem uma breve trajetória histórica do conceito, geralmente apontam para uma origem relativamente recente.

Argumenta-se, nesse contexto, que as discussões sobre ativismo judicial no Brasil surgiram apenas após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Seguindo essa linha de raciocínio, afirma-se ainda que o tema só despertou real interesse a partir da década de 2000. De forma quase unânime, a doutrina nacional associa o fenômeno do ativismo judicial ao período pós-redemocratização, destacando especialmente o marco da Constituição de 1988. Essas afirmações, embora amplamente aceitas, não parecem plenamente convincentes, considerando o histórico prolongado do debate sobre a separação entre política e direito na literatura brasileira.

Não é coerente imaginar que o fenômeno relacionado à expansão das funções do Poder Judiciário, em termos de sua atuação institucional, tenha emergido apenas após a Constituição de 1988. A ideia de que o ativismo judicial só passou a existir após a promulgação da nova Constituição provavelmente decorre da limitação dos estudos ao papel do Judiciário a partir desse marco, o que acaba por ignorar o contexto histórico mais amplo. De qualquer forma, as discussões que hoje caracterizam o ativismo judicial já faziam parte da doutrina constitucional brasileira, mesmo que, em épocas passadas, os juristas não utilizassem diretamente o termo “ativismo judicial”.

Essa limitação no uso do termo “ativismo judicial” para se referir a momentos posteriores à promulgação da Constituição de 1988, no entanto, parece desconsiderar um aspecto fundamental: a evolução histórica da função jurisdicional no Brasil. Antes mesmo de 1988, o Poder Judiciário já desempenhava um papel relevante na interpretação das normas jurídicas, especialmente em questões sensíveis envolvendo direitos fundamentais e a separação entre os poderes. Esse ponto levanta a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre como o ativismo judicial se manifestava em contextos anteriores e como essa prática pode ter influenciado a formulação das decisões judiciais ao longo das décadas.

Nesse ínterim, o ativismo judicial refere-se a uma maior atuação do Judiciário nas áreas tradicionalmente reservadas ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, com o objetivo de garantir a implementação de políticas públicas que promovam os direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O ativismo judicial refere-se a uma postura assumida pelo magistrado ao interpretar normas constitucionais, especialmente em cenários onde o Poder Legislativo se mostra inerte, ou seja, incapaz de responder de forma eficiente às demandas da sociedade, assim, o juiz assume um papel ativo na efetivação dos direitos e garantias fundamentais[17]. Dessa forma, o ativismo judicial manifesta-se como uma tendência do Judiciário em assumir um papel mais expressivo na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no âmbito constitucional.

Entretanto, parte da doutrina diverge dessa postura de proatividade judicial, argumentando que ela poderia confrontar o princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/88). Essa crítica se baseia na ideia de que o Poder Judiciário, por não ser composto por membros eleitos democraticamente pelo povo, não estaria legitimado a formular políticas públicas, uma função atribuída aos poderes Executivo e Legislativo. Sousa e Gomes[18] observam que esse fenômeno pode comprometer a democracia, pois envolve a ruptura do equilíbrio entre os poderes. Na visão desses autores, quando o Judiciário é chamado a atuar em questões que deveriam ser resolvidas pelo Executivo e

[17]SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 13-27, 2017.
[18] SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Legislativo, há um risco de enfraquecimento das funções desses poderes e de um deslocamento da soberania nacional, que lhes é atribuída pela Constituição para exercer o poder estatal.

Uma parcela da doutrina e da jurisprudência no Brasil admite uma maior atuação do Poder Judiciário em situações em que há omissão ou falta de concretude na aplicação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional pelo Estado. Camilo Zufelato[19] argumenta em favor de uma maior intervenção judicial e critica os que se opõem a essa ampliação, apontando que tais críticas não estão em consonância com o modelo atual do Estado Democrático de Direito e a moderna concepção de jurisdição. Segundo ele, esses argumentos se mostram incompatíveis com os objetivos do Estado brasileiro, especialmente no que tange à necessidade urgente de judicializar conflitos relacionados a violações de direitos fundamentais causadas pela omissão estatal na implementação de políticas públicas. Esse posicionamento reforça a importância de garantir o acesso ao Judiciário para a resolução de conflitos que envolvam violações de direitos fundamentais.

Não se trata, portanto, de uma “governança dos juízes”, mas sim de uma jurisdição baseada na força normativa da Constituição e dos princípios que dela decorrem. A atuação judicial mais incisiva ocorre apenas em contextos em que os direitos fundamentais não são devidamente assegurados pelo Poder Público. A doutrina destaca que os direitos fundamentais não devem ser adaptados à legislação e às decisões administrativas; ao contrário, é a legislação e a atuação dos administradores que precisam ser moldadas em conformidade com os direitos fundamentais[20].

Ao abordar a questão da ultrapassagem dos limites normativos materiais da função jurisdicional, não se deve inferir que decisões ativistas, de forma automática, ampliam, de modo juridicamente inadequado, o escopo de uma norma legal. Os limites substanciais a serem respeitados pelo Judiciário no desempenho de sua função primordial estão diretamente relacionados à tarefa

---

[19] ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

[20] ZANETI JR, Hermes. **A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional:** funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

de interpretar e aplicar as normas, processo que deve sempre considerar a totalidade do sistema jurídico, seja para definir o significado das disposições normativas, seja para garantir uma interação harmoniosa entre elas. A decisão judicial pode extrapolar o campo normativo de várias maneiras, como ao não reconhecer a revogação ou invalidação de um dispositivo legal, ou ao modificar, ampliar ou reduzir a margem de interpretação permitida por uma norma.

Nos casos em que os textos normativos tratam de conceitos indeterminados, a atuação do Poder Judiciário em áreas de interpretação ambígua, ainda que não configure um desvio claro do dispositivo normativo, pode acabar restringindo a discricionariedade legislativa ou administrativa, o que poderia resultar em violação do princípio da separação dos poderes. Embora o ativismo judicial possa se manifestar em qualquer área do direito, a busca por critérios que permitam sua identificação em situações específicas é mais eficaz quando se consideram as particularidades das normas aplicadas. Isso possibilita uma abordagem dogmática mais sistemática e cientificamente autônoma.

A particularidade do ativismo judicial no âmbito constitucional está intrinsecamente vinculada às peculiaridades da atividade de interpretação e aplicação da Constituição. Entre essas características, destacam-se: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as outras normas do ordenamento jurídico, permitindo que estas últimas sejam revogadas ou invalidadas em caso de conflito com o texto constitucional; o caráter nomogenético de boa parte das disposições constitucionais, muitas vezes estruturadas como normas-princípio, o que amplia sua aplicabilidade a outras áreas do direito, mas ao mesmo tempo reduz sua capacidade de regulação direta; a fluidez e a consequente imprecisão semântica da linguagem constitucional, marcada frequentemente pela vagueza e ambiguidade, sobretudo em conceitos indeterminados de natureza valorativa; a fundamentalidade da maioria das normas formalmente constitucionais, que tratam de aspectos centrais da organização do Estado e de sua relação com a sociedade civil; e, finalmente, a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciais, que exercem um papel decisivo na interpretação e aplicação da Constituição, seja por lhes ser atribuída, de maneira exclusiva, a função de

controle de constitucionalidade de atos e omissões legislativas (no modelo europeu), seja por se tratar do órgão máximo do Poder Judiciário, que, nessa condição, tem a decisão final sobre questões constitucionais (como no modelo estadunidense).

Além disso, um dos desafios centrais da jurisdição, enquanto função estratégica do Estado, é contribuir para que a proteção ambiental seja novamente fundamentada no dever de solidariedade, conectando os seres humanos à rede da vida. A proteção ambiental não é um dever exclusivo do Estado, mas um compromisso fundamental que recai sobre todos os cidadãos. Esse dever exige uma ação solidária em prol da preservação da natureza, impondo a todos a responsabilidade de participar ativamente nas decisões e diretrizes relativas ao interesse comum de manter um ambiente saudável e equilibrado. Como destaca Freitas[21], esse dever fundamental também se aplica ao juiz, que, ao exercer seu poder em nome do povo, tem a obrigação de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A melhoria do acesso à Justiça e a garantia de sua efetividade estão condicionadas à implementação conjunta de princípios fundacionais e otimizadores da jurisdição, entre os quais se destacam a solidariedade, a sustentabilidade, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a cidadania, a cooperação, a participação democrática e a justiça intergeracional.

A jurisdição ambiental deve ser responsável pela concretização dos princípios fundamentais que visam otimizar sua efetividade, de modo a alcançar o pleno acesso à Justiça Ambiental. Isso se torna especialmente relevante no que se refere ao desenvolvimento de uma relação equilibrada e sustentável entre seres humanos e a natureza. Na sociedade contemporânea, marcada por riscos ambientais, os conflitos socioambientais exigem novas abordagens e estratégias adequadas para seu enfrentamento. Tais estratégias devem se basear em uma racionalidade que se desvincule da lógica de exploração da natureza e dos princípios mercadológicos, promovendo uma força transformadora que valorize os princípios da equidade transgeracional, justiça socioambiental e participação democrática. A implementação dessas

[21] FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução.** Curitiba: Juruá, 1998.

ações deve estar orientada pelo compromisso com a melhoria contínua da qualidade de vida no planeta, visando a construção de um futuro mais seguro e sustentável.

A jurisdição ambiental desempenha, assim, uma função transformadora, orientada pela necessidade de imputar deveres fundamentais e pela promoção da solidariedade. Essa perspectiva deve guiar a aplicação das normas ambientais, constituindo-se como um critério central para a atribuição de responsabilidades que corrijam comportamentos e ações que causem injustiças ambientais ou criem riscos intoleráveis, comprometendo a integridade dos bens ambientais. A plena garantia de acesso a uma ordem jurídica justa em questões ambientais, bem como sua efetividade social, está fundamentalmente vinculada à aplicação e à criação de normas ambientais por meio de um Poder Estatal independente e imparcial. Esse Poder deve agir como guardião dos direitos fundamentais e dos interesses mais elevados da sociedade, mesmo em cooperação ou oposição ao próprio Estado.

Como estabelecido na maioria dos países democráticos, onde o Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição, cabe a esse poder a missão constitucional de promover a resolução de conflitos. Nesse contexto, o Judiciário deve sempre buscar assegurar e equilibrar a fruição dos direitos fundamentais, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito e o cumprimento dos deveres fundamentais.

Os desafios da jurisdição, além de envolverem questões processuais, também dizem respeito ao conteúdo substancial das decisões proferidas. No contexto da sociedade de risco, um dos tópicos que mais demandam desenvolvimento teórico e prático refere-se à gestão das situações de incerteza. A adequada administração do risco, enquanto um dos principais desafios enfrentados por essa sociedade, exige a existência de instituições consolidadas e ativas, uma legislação eficaz, bem como a participação e o controle social efetivo. Trata-se, portanto, de uma missão que deve ser compartilhada por diversos atores sociais. Atualmente, um dos objetivos primordiais da legislação ambiental é estabelecer um conjunto de normas que definam critérios de segurança, visando prevenir danos e gerenciar riscos.

A execução concreta desses objetivos cabe ao administrador, especialmente nos processos de licenciamento ambiental, cuja atuação, apesar

de necessária, pode ser limitada e ineficaz. Tal ineficiência pode gerar conflitos, os quais tendem a ser levados à jurisdição ambiental já agravados pelo tempo. Assim, um dos maiores desafios consiste no desenvolvimento de critérios para o desempenho eficaz dessa relevante atividade.

Esse árduo objetivo dependerá de uma prova robusta, que não se limite à caracterização de uma situação de risco, mas também abarque a intensidade do risco, seus efeitos sinérgicos e cumulativos, além da complexa definição dos limites de tolerabilidade. Conforme Delton Winter de Carvalho[22], considera-se ilícito o risco ambiental quando o grau de tolerabilidade for excedido. Luciana G. Tessler[23] defende que a definição da tolerabilidade deve levar em consideração se a atividade é excessivamente arriscada e injustificada. José de Souza Cunhal Sendin[24] sugere como critério a análise da capacidade funcional ecológica e de aproveitamento humano. Eduardo Astorga Jorquera[25] acrescenta que, além dessas dificuldades, é necessário considerar o que a sociedade entende como níveis aceitáveis de risco, os quais podem variar de acordo com o tipo de sociedade, seu desenvolvimento socioeconômico e seu grau de tolerância ao risco.

A proteção ambiental, conforme garantida na Constituição Brasileira, é definida como um objetivo e dever fundamental do Estado[26]. Tal concepção confere à norma constitucional um caráter de "direito-dever", deslocando a responsabilidade exclusiva de preservação ambiental do Estado para a sociedade, conforme apontado por Sarlet e Fensterseifer[27].

Dessa maneira, a sociedade é incumbida de defender e preservar o meio ambiente, com a possibilidade de acionar o Judiciário em casos de litígios

---

[22] CARVALHO, Delton Winter de. A Teoria do Dano Ambiental Futuro: a Responsabilização Civil por Riscos Ambientais. Direito e Ambiente. **Revista do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente.** Universidade Lusíada Editora. Ano I, n. 1, Out/Dez 2008.

[23] TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[24] SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos:** da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra, Coimbra, 1998.

[25] JORQUERA, Eduardo Astorga. **Derecho Ambiental Chileno:** parte general. Santiago: LexisNexis, 2006.

[26] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Juliana Cunha. Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

[27] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago**. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais.** In: Revista de Direito Ambiental, n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2008, p. 73-100.

envolvendo direitos socioambientais. Uma vez ajuizada uma ação, como, por exemplo, uma ação popular, cabe ao Judiciário solucionar os conflitos decorrentes. No entanto, surge a questão sobre a legitimidade da interferência desse Poder nas ações (ou omissões) dos Poderes Executivo e Legislativo.

Todos os poderes estatais, segundo o entendimento constitucional, possuem a obrigação de atuar dentro de suas respectivas competências com o intuito de promover a máxima efetividade dos direitos e deveres socioambientais fundamentais[28]. Assim, ao Judiciário cabe o papel típico de julgar, resolvendo os conflitos gerados pela aplicação das normas gerais aos casos concretos[29].

Quando o litígio em questão apresenta uma natureza coletiva, como nas ações civis públicas ambientais, e envolve direitos fundamentais, os magistrados devem sopesar o princípio da separação dos poderes, mitigando sua aplicação para atuarem como agentes vinculados à concretização de direitos indisponíveis[30]. O objetivo final dessa atuação é a proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, torna-se evidente que, diante da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo na promoção e proteção dos direitos ambientais, cabe ao Judiciário garantir a plena eficácia desses direitos. Para isso, podem ser utilizados mecanismos jurídicos como o Estado de Coisas Inconstitucional[31], uma vez que a relevância da proteção dos direitos constitucionalmente reconhecidos transcende o sistema judicial ordinário. Assim, diante de ameaças, é necessário prover meios processuais extraordinários para a proteção desses direitos[32].

No Brasil, a realidade social é marcada por grandes disparidades, herança do legado histórico do país, o que, somado à vasta extensão territorial,

---

[28] Ibidem.
[29] LENZA, Pedro. Separação de "Poderes" – Teoria Geral. In: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
[30] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago**. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais.** In: Revista de Direito Ambiental, n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2008, p. 73-100.
[31] Essa noção descreve um cenário em que todo o sistema ou determinadas políticas públicas de um país operam em contrariedade à Constituição, resultando na violação sistemática e contínua dos direitos fundamentais dos cidadãos.
[32] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Juliana Cunha. Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

dificulta a fiscalização e exige uma administração altamente organizada[33]. Frente aos desafios estruturais que limitam a atuação plena dos Poderes Executivo e Legislativo, torna-se imperativo que o Judiciário atue de forma abrangente, valendo-se de julgamentos e soluções advindas de diferentes cortes, incluindo as internacionais, e promovendo interações diretas com os diversos órgãos do Judiciário nacional e estrangeiro[34].

Portanto, os desafios do ativismo judicial no direito ambiental no Brasil são diversos e complexos, refletindo as dificuldades em equilibrar o papel do Judiciário com a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo. Primeiramente, a ausência de uma definição clara e consensual do conceito de ativismo judicial em questões ambientais dificulta a análise sistemática desse fenômeno, levando a interpretações divergentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A segunda grande dificuldade é a limitação imposta pelo princípio da separação dos poderes, que gera controvérsias sobre até que ponto o Judiciário pode intervir nas políticas públicas ambientais, tradicionalmente de competência dos outros poderes. Isso é especialmente crítico em um contexto de crescente demanda por soluções para problemas ambientais urgentes, como o desmatamento e a poluição, que exigem respostas rápidas e eficazes.

Um terceiro desafio diz respeito à legitimidade democrática da intervenção judicial em temas ambientais, uma vez que juízes não são eleitos e, portanto, não possuem o mesmo respaldo democrático que parlamentares e gestores eleitos; por esse motivo, as decisões judiciais ativistas, por vezes, são vistas como uma forma de “governança judicial”, o que gera resistência por parte de setores que defendem a preeminência dos poderes eleitos. Finalmente, há o desafio de conciliar o ativismo judicial com os princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional, que demandam decisões que considerem os impactos ambientais a longo prazo e para as futuras gerações, o Judiciário, ao assumir um papel mais ativo na proteção do meio ambiente,

---

[33] Ibidem.

[34] DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. **O Diálogo jurisprudencial sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais.** In: BORGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). Ius Constitucionale Commune na América Latina: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade, vol. III, Curitiba: Juruá, 2016.

deve encontrar soluções que equilibrem as necessidades de desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, assegurando a proteção dos direitos fundamentais ambientais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste trabalho permitiu identificar e discutir os principais desafios e limites do ativismo judicial no campo ambiental, demonstrando a relevância desse fenômeno no cenário jurídico contemporâneo. A atuação do Judiciário na promoção da proteção ambiental emerge, muitas vezes, como resposta à inércia ou ineficácia dos outros poderes, em especial do Legislativo, em assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais e internacionais que visam à preservação do meio ambiente. Nesse contexto, o ativismo judicial é visto como um mecanismo de proteção de direitos fundamentais e de defesa do interesse público, especialmente em questões de extrema urgência, como a proteção de ecossistemas e a garantia de uma qualidade de vida ambientalmente equilibrada.

Ao considerar o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo, torna-se evidente que a atuação judicial, em muitos casos, se faz necessária para suprir lacunas deixadas pelos outros poderes. No entanto, essa postura proativa do Judiciário também enfrenta severas críticas, especialmente no que diz respeito à separação dos poderes, princípio fundamental em qualquer democracia. O Judiciário, composto por membros que não são eleitos diretamente pelo povo, é muitas vezes acusado de extrapolar suas funções ao influenciar ou formular políticas públicas, um papel que, de acordo com a teoria clássica da separação dos poderes, seria atribuído ao Legislativo e ao Executivo.

A discussão sobre os limites da atuação judicial no campo ambiental torna-se ainda mais complexa quando se insere na perspectiva do Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA), pois a crescente interdependência dos países na gestão de questões ambientais globais, como mudanças climáticas,

poluição transfronteiriça e perda de biodiversidade, impõe uma reconfiguração do conceito de soberania nacional. O DIMA, ao mesmo tempo que amplia a cooperação entre Estados e estabelece normas de proteção ambiental em escala global, desafia os tribunais nacionais a harmonizar suas decisões com os tratados e convenções internacionais. Nesse sentido, o Judiciário brasileiro, em muitas ocasiões, tem sido instado a aplicar normas internacionais em suas decisões, especialmente em casos que envolvem a proteção de bens jurídicos ambientais de interesse global.

A evolução da jurisprudência ambiental brasileira ao longo das últimas décadas também contribuiu para consolidar o papel do Judiciário como um ator central na efetivação das normas ambientais, a Lei n. 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, foi um marco na responsabilização tanto de pessoas físicas quanto jurídicas por danos ao meio ambiente. No entanto, a efetividade dessa legislação ainda encontra barreiras, principalmente devido à complexidade de harmonizar as diversas leis ambientais e à dificuldade de gerir riscos ambientais em um país de vastas proporções territoriais e disparidades socioeconômicas. Essa complexidade é um reflexo das dificuldades enfrentadas pelo Judiciário ao julgar questões que envolvem múltiplos interesses, desde a preservação do meio ambiente até o desenvolvimento econômico e social.

Outro ponto fundamental abordado ao longo do estudo foi a relação entre a proteção ambiental e a justiça social, a ideia de justiça ambiental, que abrange não apenas a proteção do meio ambiente, mas também o acesso à justiça e a reparação para as populações mais afetadas pelos danos ambientais, coloca o Judiciário em uma posição estratégica. O papel do Judiciário na promoção da justiça ambiental envolve garantir que as comunidades mais vulneráveis, frequentemente as mais impactadas pela degradação ambiental, tenham acesso a mecanismos eficazes de reparação e proteção.

Nesse cenário, o ativismo judicial surge como uma ferramenta poderosa, mas que deve ser exercida com cautela, a proteção dos direitos ambientais não pode ser alcançada às custas da violação de outros princípios fundamentais, como a separação dos poderes e a soberania nacional, a atuação do Judiciário deve ser equilibrada e pautada por critérios claros, que garantam a efetividade

das normas ambientais sem comprometer a legitimidade democrática e a segurança jurídica.

A análise realizada permitiu concluir que o ativismo judicial, quando bem fundamentado e limitado aos casos em que há inércia ou omissão dos outros poderes, pode desempenhar um papel de suma importância na promoção da justiça ambiental e na preservação dos direitos fundamentais relacionados ao meio ambiente. A crescente judicialização das questões ambientais, longe de ser uma simples intervenção do Judiciário em áreas tradicionalmente reservadas ao Executivo e ao Legislativo, reflete a necessidade de garantir a proteção de um bem comum de valor inestimável: o meio ambiente. Dessa forma, o papel do Judiciário no campo ambiental, embora desafiador, é de extrema importância para assegurar a sustentabilidade e a justiça social.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de B. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 jan. 2025.

CARVALHO, Delton Winter de. A Teoria do Dano Ambiental Futuro: a Responsabilização Civil por Riscos Ambientais. Direito e Ambiente. **Revista do ILDA – Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente.** Universidade Lusíada Editora. Ano I, n. 1, Out/Dez 2008.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. **Delitos ecológicos:** a lei ambiental comentada artigo por artigo; aspectos penais e processuais penal. São Paulo: Lemos & Cruz, 2005.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. **O Diálogo jurisprudencial sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais.** In: BORGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. (coord.). Ius Constitucionale Commune na América Latina: Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade, vol. III, Curitiba: Juruá, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva: 2017.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). **Direito ambiental em evolução.** Curitiba: Juruá, 1998.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Grupo Almedina, 2019.

JORQUERA, Eduardo Astorga. **Derecho Ambiental Chileno:** parte general. Santiago: LexisNexis, 2006.

LENZA, Pedro. Separação de "Poderes" – Teoria Geral. In: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEUZINGER, Márcia; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Elsevier Brasil, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 2016.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. (Coleção direito vivo). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Juliana Cunha. Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RAMOS, Elival da S. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos, 2ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015.

REI, F. C. F. International environmental law and global environmental governance: southern influences. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, p. 143165, mai./ago. 2018. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1257.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago**. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais.** In: Revista de Direito Ambiental, n. 52. São Paulo: Revista dos Tribunais, Out-Dez/2008, p. 73-100.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos:** da reparação do dano através da restauração natural. Coimbra, Coimbra, 1998.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 13-27, 2017.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente:** tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZANETI JR, Hermes. **A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional:** funções de governo e funções de garantia. In:

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZUFELATO, Camilo. **Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PODER JUDICIÁRIO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: Mecanismos inteligentes de colaboração para o processo penal

JUDICIARY AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: Intelligent mechanisms of collaboration for criminal procedure

André Luiz Anrain Trentini[1]

Resumo: O artigo investiga a jurisdição, essencial para resolver conflitos e proteger direitos, destacando desafios modernos como a judicialização massiva. Submerso em uma crise numérica que afeta a celeridade e a segurança, o Judiciário vive um momento desafiador que recomenda novas posturas. Propõe-se a implementação da inteligência artificial (IA) como solução promissora para otimizar processos. São analisadas as bases da IA, suas aplicações em sistemas jurídicos globais e especiais em áreas do Direito, abordando os ganhos em eficiência, especialmente no Brasil com exemplos do STF e TJSC. O estudo enfatiza que a IA deve complementar, não substituir, a atuação humana, garantindo equilíbrio entre a inovação tecnológica e a manutenção dos princípios fundamentais da justiça.

Palavras-chave: jurisdição; litigiosidade excessiva; inteligência artificial; processo penal; celeridade e eficiência.

Abstract: The article investigates jurisdiction, essential for resolving conflicts and protecting rights, highlighting modern challenges such as massive judicialization. Submerged in a numerical crisis affecting speed and security, the Judiciary is experiencing a challenging moment that calls for new approaches. It proposes the implementation of artificial intelligence (AI) as a promising solution to optimize processes. The foundations of AI, its applications in global judicial systems, and specific areas of Law are analyzed, addressing efficiency gains, especially in Brazil with examples from the STF and TJSC. The study emphasizes that AI should complement, not replace, human action, ensuring a balance between technological innovation and the maintenance of fundamental principles of justice.

Keywords: jurisdiction; excessive litigation; artificial intelligence; criminal procedure; celerity and efficiency.

INTRODUÇÃO

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Brasil), em regime de dupla titulação com IUACA/UA (Espanha). Este artigo, ora aprimorado, foi apresentado para a conclusão da disciplina *Produção e Aplicação do Direito na Era da Inteligência Artificial - Processo e Decisão Judicial*, ministrada pelo Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, semestre 2024-2. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com atuação na 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SC.

A jurisdição é frequentemente reconhecida como uma função crucial do Estado, sendo fundamental para a resolução definitiva de conflitos jurídicos e a proteção dos direitos individuais e coletivos. Tradicionalmente, a jurisdição é vista como um mecanismo imparcial e independente pelo qual o Estado assegura a aplicação equitativa das leis, promovendo a ordem e a segurança jurídica. Esse entendimento clássico da jurisdição parece, contudo, desafiado nos dias atuais, uma vez que o fenômeno da judicialização massiva transforma radicalmente seu funcionamento e sua essência.

A judicialização crescente de questões (macro e micro) contextualmente inserida em sistemas jurídicos de *Civil Law* e *Common Law* afeta a funcionalidade dos tribunais com uma sobrecarga de processos, resultando em lentidão e potencial insegurança. Esse fenômeno evidencia a necessidade de reformas urgentes e de uma adaptação dos métodos judiciais para enfrentar a crise numérica. Sob esse prisma, a implementação da inteligência artificial (IA) emerge como uma ferramenta promissora para aumentar a eficiência e a celeridade dos procedimentos judiciários. No Brasil e em outros países, a adoção de tecnologias avançadas, incluindo modelos de IA, contribui significativamente para a modernização e otimização do processo jurisdicional.

Eis o problema central do presente estudo: de que forma a IA pode ser utilizada no Poder Judiciário para contribuir com a melhora da prestação jurisdicional, notadamente em âmbito penal?

Para atingir o objetivo proposto, o texto foi dividido em três momentos: na primeira parte, trata-se da jurisdição, enfatizando-se a visão tradicional e identificando-se desafios na atual quadra; na segunda parte, busca-se inserir a IA no sistema jurídico, examinando-se alguns conceitos básicos e identificando certos diplomas legais que tratam da matéria; finalmente, na terceira parte, abordam-se alguns mecanismos que efetivamente estão à disposição para serem aplicados no exercício da jurisdição, inclusive no campo do direito penal.

Destaca-se que o uso da IA pelo Poder Judiciário desperta um sem-número de discussões, sendo objeto de crítica sob o ponto de vista do sigilo de dados, da ética, da moralidade, dentre outros. Não é o objetivo do texto ingressar nessa polêmica seara, mas apenas identificar que a IA é uma realidade que não pode passar ao largo do Judiciário.

O método utilizado foi o dedutivo e sua operacionalização contou com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais, do fichamento e da pesquisa bibliográfica[2].

Enfim, este artigo tem como objetivo explorar a conceituação tradicional da jurisdição, os desafios contemporâneos advindos da judicialização massiva e as possíveis soluções tecnológicas, com ênfase na implementação da IA, para enfrentar esses desafios de maneira eficaz.

1 CONCEITUAÇÃO DE JURISDIÇÃO: VISÃO TRADICIONAL E DESAFIOS ATUAIS

A jurisdição, ninguém questiona, é uma função essencial do Estado. Normas jurídicas expressas em regras ou princípios são aplicadas pelos juízes para resolver conflitos definitivos, sejam eles de natureza subjetiva ou normativa. Essa atividade implica tanto na declaração do direito quanto, eventualmente, sua execução. Na visão tradicional, a jurisdição é, portanto, um mecanismo pelo qual o Estado exerce sua autoridade para garantir a aplicação justa e equitativa das leis, preservando a ordem e a segurança jurídica.

Os principais objetivos da jurisdição incluem a resolução de disputas de forma definitiva e a proteção dos direitos individuais e coletivos. Ao assegurar que os conflitos sejam resolvidos com base em normas jurídicas previamente estabelecidas, a jurisdição promove a estabilidade social e a confiança no sistema jurídico. Esse entendimento clássico enfatiza a imparcialidade, a neutralidade e a independência do Judiciário, que são princípios fundamentais para a legitimidade e a efetividade da função jurisdicional.

Entretanto, essa visão tradicional da jurisdição está enfrentando desafios significativos na contemporaneidade, principalmente devido ao fenômeno da judicialização massiva de questões macro e micro. Este fenômeno submerge o Poder Judiciário em uma crise quantitativa sem precedentes, atraindo novos componentes e técnicas para o contexto da jurisdição, modificando sua essência e funcionamento. A judicialização, tida como multicausal, está

[2] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

presente em vários países e manifesta-se com características próprias, ligadas às peculiares interações entre Direito e Política[3].

Na quadra atual, observa-se uma judicialização generalizada que abrange desde questões de vital importância até assuntos banais do dia a dia. O Judiciário é cada vez mais chamado a decidir tanto macroquestões quanto microquestões, muitas vezes potencializadas pela repetição. Ao fornecer respostas que não são dadas pelos demais agentes ou que são consideradas insatisfatórias, e submetidas à reanálise judicial, o Judiciário expande tanto o escopo de suas decisões quanto os métodos judiciais de tomada de decisão, adentrando na esfera política classicamente reservada aos demais poderes.

Essa expansão pode ocorrer no exercício da revisão judicial quanto na jurisdição ordinária, seja em ações coletivas ou em demandas individuais. Forma-se, assim, nos sistemas jurídicos, um ciclo retroalimentável entre acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial[4]. Esse ciclo resulta de um *accentuato garantismo*, alcançado através de uma interpretação às vezes exagerada dos preceitos constitucionais, incluindo o direito de acesso aos tribunais, que tem incidido significativamente no aumento da litigiosidade, especialmente nas fases de impugnação, prolongando o tempo de tramitação das demandas[5].

Os intercâmbios entre acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial atrai, entre outros, um problema de ordem quantitativa atrelado à explosão da litigiosidade. Esse problema evidencia-se na avalanche de ações judiciais em curso nos diversos ordenamentos jurídicos, provocando lentidão e insegurança, e reclamando respostas tanto do Estado, como responsável pela tutela jurisdicional, quanto da sociedade, como interessada em tal tutela. O excesso

---

[3] SALLES, Bruno Makowiecky. Jurisdição e Inteligência Artificial. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, vol. 2, n. 2, jul/dez, 2020, p. 72. ISSN: 2526-7817.

[4] Não é o objetivo deste estudo científico tratar das categorias acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial, mas apenas identificá-las no contexto atual do Poder Judiciário. Para saber mais: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático:** intercâmbios entre *civil law* e *common law*. 2019. 509f. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica. Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí. *Dottorato di Ricerca. Università Degli Studi di Perugia* - UNIPG. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf >. Acesso em: 5 jul. 2024.

[5] DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Costo i durata del processo civile in Italia. **Rivista di diritto civile**. v. 32, Parte Prima. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, ano XXXII, p. 290.

de ações em tramitação é um problema comum aos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, afetando ainda mais fortemente o primeiro.

É importante notar que a judicialização e a intensa litigiosidade não dizem respeito apenas ao controle de constitucionalidade e às ações coletivas de vasta repercussão, mas também a lides individuais variadas, de direito público ou privado, relevantes ou não. Microquestões, deduzidas em massa e potencializadas pela repetição, acabam ostentando impactos significativos em atividades políticas. Deve-se lembrar que os desafios da jurisdição não residem unicamente nos casos difíceis (*hard cases*) objeto de discussão pública ou que oferecem dificuldades na resolução fático-jurídica, embora tais casos assumam maior notoriedade e atenção. Esses desafios radicam também em um número maior e silencioso de situações cotidianas, cujas decisões são tomadas com urgência, muitas vezes de forma improvisada e automatizada, sem apegos ou preocupações teóricas, o que contribui para o congestionamento do sistema[6].

O desafio quantitativo é evidente nos tempos atuais. Diversos estudos o constataram, e qualquer pessoa que atue no cotidiano forense percebe essa realidade empiricamente. Mesmo aqueles que não vivenciam o dia a dia das Cortes podem visualizar essa situação, de modo que a exposição de dados estatísticos não tem relevância para o presente estudo. O que importa é a ideia difundida de que *Litigation has gone totally out of control*, apresentando-se às vezes de forma epidêmica e causando demora e incertezas que resultam no engessamento do processo judicial[7].

A doutrina observa que o excesso de demandas é menos um defeito real do sistema judicial e mais uma motivação poderosa para mudanças. Os efeitos podem ser extraordinariamente desafortunados; com mais disputas para resolver do que recursos disponíveis, um acúmulo de casos logo se forma e os longos atrasos tornam-se inevitáveis. Além disso, as pressões para acelerar a tomada de decisões frequentemente levam a um tratamento superficial de cada

---

[6] GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: Le Garden des Promesses, p. 172.

[7] FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts:
Harvard University Press, 1994, p. 9. Tradução livre: “A litigância está totalmente fora de controle [...]”.

disputa individual, resultando na aparência e na realidade de uma "justiça de produção em massa".

Em resposta aos problemas decorrentes da crise numérica, várias soluções têm sido propostas há algum tempo. Estas incluem diferentes tipologias de reformas nos sistemas judiciais, a adoção de modelos gerenciais e o fomento a autocomposições em juízo. Embora esses métodos de desafogamento sejam importantes e contribuam para a eficiência dos sistemas de justiça, eles também apresentam impactos questionáveis no exercício da jurisdição, cuja abordagem não se mostra pertinente para este estudo.

Desse modo, o panorama atual da jurisdição demonstra que, além da função tradicional de aplicação das normas jurídicas, há um conjunto de novos desafios que precisam ser enfrentados. A judicialização massiva e a explosão da litigiosidade são sintomas de um sistema que precisa de reformas urgentes para continuar cumprindo seu papel de forma eficaz. As soluções propostas, como a adoção de novas tecnologias e modelos gerenciais, são passos importantes, mas é crucial que sejam implementadas de forma a não comprometer a qualidade da jurisdição. O equilíbrio entre quantidade e qualidade é essencial para que o Poder Judiciário possa oferecer respostas adequadas às demandas sociais que são crescentes.

Dentro desse contexto de crise, emerge a inteligência artificial (IA) como uma nova ferramenta no cotidiano jurisdicional. Não há dúvidas de que é um caminho sem volta, de modo que a implementação dessas tecnologias deve ser cuidadosamente planejada para que realmente contribuam para a solução dos problemas enfrentados pela jurisdição, sem criar novos desafios que comprometam sua função essencial.

2 A INSERÇÃO DA IA NO SISTEMA JURÍDICO

A onipresença da IA em atividades cotidianas, como em smartphones, chatbots e veículos autônomos, demonstra seu vasto potencial. Essa tecnologia, presente também em diagnósticos médicos, cidades inteligentes e na "internet das coisas"[8], busca emular o raciocínio humano por meio de

[8] FITRIA, Tira Nur. **Avoiding Plagiarism of Students' Scientific Writing by Using the QuillBot Paraphraser**. Disponível em:

algoritmos, criando sistemas computacionais que simulam a tomada de decisão humana.

Uma máquina é considerada "inteligente" quando suas ações em determinada tarefa se assemelham ao comportamento humano a ponto de se tornarem indistinguíveis para um observador casual. Trata-se de uma tecnologia multidisciplinar com o objetivo de automatizar tarefas, tornando a intervenção humana dispensável.

No âmbito jurídico, para que a IA alcance tal objetivo, é crucial que a máquina seja capaz de processar linguagem, interpretar dados e aprender com resultados prévios, aprimorando suas operações e, por conseguinte, a prestação jurisdicional.

Ao abordar sistemas cognitivos artificiais, é crucial distinguir entre duas vertentes: a forte (ou robusta) e a fraca (ou limitada). A primeira almeja replicar completamente as faculdades mentais humanas, dotando máquinas de capacidades como raciocínio autônomo, criatividade e autoconsciência. Em contrapartida, a segunda foca no desenvolvimento de soluções especializadas para otimizar tarefas específicas, complementando as habilidades humanas sem pretender reproduzir toda a complexidade cerebral[9].

Enquanto a vertente robusta busca equiparar-se à inteligência humana geral, a limitada concentra-se em emular competências particulares, ampliando o acesso a informações e auxiliando em procedimentos específicos.

Atualmente, no âmbito jurídico, predomina a aplicação da vertente limitada. Esta abordagem utiliza algoritmos para processar informações, gerenciar dados e sugerir decisões alinhadas com normas legais, sem aspirar à compreensão plena do processo decisório humano.

A inteligência artificial se baseia em instruções codificadas, chamadas algoritmos, que orientam as máquinas na resolução de problemas e na execução de tarefas. Essas instruções podem ser comparadas a uma receita que divide um problema complexo em etapas menores, processadas pelo computador. Os algoritmos processam informações (*input*) e, com base em padrões e inferências, geram resultados (*output*).

<https://journal.unilak.ac.id/index.php/elsya/article/download/9917/4358/>. Acesso em: 27 abr. 2024.

[9] CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**: aspectos jurídicos. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 18-19.

Existem dois tipos principais de algoritmos: os programados, que seguem instruções predefinidas, e os não-programados (*learners*), que ajustam seus próprios métodos para alcançar o resultado desejado.

No contexto da inteligência artificial, destacam-se os conceitos de *machine learning* e *deep learning*. O *machine learning* permite que as máquinas aprendam com dados, reconhecendo padrões e aperfeiçoando seu desempenho. Já o *deep learning*, uma vertente do *machine learning*, utiliza redes neurais artificiais, inspiradas no cérebro humano, para processar informações em camadas, possibilitando o aprendizado e a generalização.

Os algoritmos aprendizes podem ser supervisionados, quando treinados com dados previamente classificados por humanos, ou não supervisionados, quando identificam padrões e aprendem com dados não classificados.

A inteligência artificial no Direito também se beneficia de conceitos como *big data*, que se refere ao enorme volume de dados gerados na internet, e *analytics*, que utiliza técnicas para analisar esses dados e extrair *insights* relevantes. A jurimetria, por sua vez, combina Direito e estatística para analisar dados jurídicos, inclusive prevendo tendências de decisões judiciais[10].

É relevante explorar algumas implementações de sistemas inteligentes no âmbito jurídico, tanto internacionalmente quanto no Brasil, sem a intenção de esgotar todas as possibilidades, mas destacando os principais aspectos.

Na nação báltica da Estônia, pioneira em digitalização governamental, avança-se na criação de um sistema automatizado para resolver disputas de menor valor, inicialmente em questões contratuais simples. Planeja-se ampliar seu escopo conforme a confiabilidade aumenta, permitindo que profissionais do direito foquem em casos mais complexos. Decisões desse sistema podem ser contestadas perante um magistrado humano.

No país asiático da China, além de plataformas digitais para resolução de conflitos, há um modelo de julgamento virtual com um juiz holográfico. Destacam-se também assistentes digitais que fornecem orientações jurídicas e programas que auxiliam em audiências criminais.

[10] WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. *In*: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 655-670.

Em nações anglófonas, mais precisamente os Estados Unidos e a Inglaterra, escritórios jurídicos adotam cada vez mais soluções tecnológicas para pesquisa, previsão de resultados e elaboração de documentos. Empresas especializadas em tecnologia jurídica oferecem análise de dados, avaliação de riscos processuais e gestão de escritórios. Há ainda sistemas que auxiliam na prevenção de crimes e na avaliação de riscos para decisões sobre liberdade provisória, embora este último seja alvo de debates sobre potenciais vieses[11].

No Brasil, mais especificamente no âmbito do Poder Judiciário, Dias Toffoli, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disse:

> China, Reino Unido, Singapura, Japão, Finlândia, Índia, Dinamarca, Canadá e Estados Unidos são exemplos de países que, de forma bem-sucedida, incorporaram tecnologia ao processo para facilitar o acesso ao Poder Judiciário, por meio do peticionamento on-line; entregar informação de qualidade às partes, diminuindo a assimetria informacional entre elas e, assim, ampliar a janela de acordo; organizar o processo, reestruturando e racionalizando as suas etapas; tornar mais confortável a participação das partes com o uso de ferramentas como videoconferência; automatizar a execução de tarefas burocráticas, possibilitando diminuir o tempo empregado nessas atividades; e liberar o valioso quadro de pessoal do Poder Judiciário para atividades que são imprescindível à atuação humana. Se nesses países o emprego de tecnologia é muito bem-vindo, com mais razão devemos recorrer a ela (CNJ, 2019, p. 10).[12]

É no contexto da constante mutação do mundo e do papel do Poder Judiciário na sociedade que a inovação tecnológica deve ser utilizada para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional. Segundo o CNJ, o Poder Judiciário Brasileiro entrou em uma nova realidade, na denominada Era Digital, na Era da Informação, na Era da "Justiça 4.0", de maneira que a compreensão de sua relação com as novas tecnologias passa pela categoria da IA[13].

---

[11] AMARAL, Priscila Peixoto do. **A China e os tribunais inteligentes**. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/a-china-e-os-tribunais-inteligentes-por-priscilla-peixoto-do-amaral/>. Acesso em: 28 jun. 2024.

[12] Conselho Nacional de Justiça. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro**, 2019, p. 10. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

[13] Conselho Nacional de Justiça. **Poder Judiciário e tecnologia**. Das origens do PJe à Justiça 4.0, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario-e-tecnologia-das-origens-do-pje-a-justica-4-0/>. Acesso em 27/06/2024. Vide também: Conselho Nacional de Justiça. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro**, 2019, p. 16. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22>. Acesso em: 27 jun. 2024. E: Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Pesquisa**: Políticas

A Resolução CNJ n. 332, de 21 de agosto de 2020[14], a qual dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Aqui a IA é tratada diretamente como instrumento da Política Judiciária Nacional e insere o conceito de "Modelo de Inteligência Artificial" nos seguintes termos:

> CONSIDERANDO as inúmeras iniciativas envolvendo Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário e a necessidade de observância de parâmetros para sua governança e desenvolvimento e uso éticos;
> [...]
> Art. 3º Para o disposto nesta Resolução, considera-se:
> I – Algoritmo: sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico;
> II – Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana (CNJ, 2020).

Nessa perspectiva, são considerados "de inteligência artificial" projetos no âmbito do Poder Judiciário que "criam soluções para automação dos processos judiciais e administrativos e de rotinas de trabalho da atividade judiciária". Também considera "de IA" projetos que "possibilitem análise da massa de dados existentes e forneçam soluções de apoio à decisão dos magistrados ou à elaboração de minutas de atos judiciais em geral"[15].

No contexto brasileiro, o mais alto Tribunal do país implementou uma ferramenta digital denominada Victor. Esse sistema visa otimizar a identificação de casos relacionados a temas jurídicos relevantes para fins de repercussão geral, proporcionando um ganho significativo de tempo no processo[16].

Paralelamente, a Corte Superior responsável por uniformizar a interpretação da lei federal adotou uma plataforma chamada Sócrates. Esse

---

Públicas do Poder Judiciário. Uma Análise quantitativa e qualitativa do Impacto da implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na produtividade dos Tribunais, 2017, p.11. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/8fca1c5a0d1bac23a1d549c6f590cfce.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

[14] Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 332 de 21 de agosto de 2020, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/04_Livro-das-Resolucoes-do-CNJ_16X23-1.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

[15] Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 271 de 04/12/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 27 jun. 2024.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 28 jun. 2024.

mecanismo tem como função agilizar as etapas iniciais do processamento de recursos que chegam ao tribunal. Suas capacidades incluem a análise automática de documentos, identificação do assunto em questão, categorização dos processos e facilitação da identificação de demandas repetitivas, mesmo antes da distribuição dos casos[17].

Essas inovações tecnológicas demonstram como a inteligência artificial está sendo aplicada no sistema judiciário brasileiro para aumentar a eficiência e a celeridade dos processos legais.

Diversos Tribunais brasileiros têm implementado com sucesso a inteligência artificial para modernizar suas operações. Sistemas como o Victoria (TJRJ) e o Poti (TJRN) automatizam tarefas nas execuções fiscais, agilizando o processo. Outros, como o Clara (TJRN) e o Elis (TJPE), utilizam *deep learning* para classificar processos, identificar erros e até mesmo redigir minutas de decisões. Já o Radar (TJMG) acelera o julgamento de casos repetitivos e o Sinapse (TJRO) auxilia na pesquisa jurídica e identifica ações de massa. O TJRR, com o programa Justiça 4.0, implementou ferramentas como o Mandamus, para automação de mandados, e o Scriba, para transcrição de audiências[18].

No Judiciário catarinense, a realidade não é diferente. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) está implementando várias iniciativas inovadoras para dinamizar e otimizar suas atividades. Essas iniciativas incluem: sistema de busca de endereços, penhoras on-line e restrições no Renajud; Projeto Judlab, um laboratório de inovação que incentiva a participação de colaboradores em projetos inovadores que aperfeiçoem a tecnologia, gestão organizacional, administrativa e outros aspectos do Judiciário; e robô auxiliar com IA: o TJSC lançou um robô dotado de inteligência artificial para ajudar na elaboração de minutas de despachos, decisões e sentenças, melhorando a produtividade e eficiência dos juízes[19].

---

[17] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório do 1º ano de gestão, Ministro João Otávio Noronha, 2018-2019**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2024.

[18] Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322824/voce-conhece-todos-os-robos-que-ja-operam-no-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 28 jun. 2024.

[19] Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/poder-judiciario-de-sc-lanca-robo-dotado-de-inteligencia-artificial-e-capaz-de-propor-minutas>. Acesso em: 28 jun. 2024.

Essas ações buscam modernizar o Judiciário catarinense, promovendo maior automação e eficiência nos processos judiciais.

Para além dos recursos acima, a IA pode ser mais bem explorada em outros campos do Direito, inclusive na seara penal, conforme será mais bem aprofundado no item abaixo.

3 A IA APLICADA AO PROCESSO PENAL

A questão central é: as Teorias do Processo Penal e da Prova surgiram em um período histórico diferente, fundamentadas na Lógica Mecanicista (relação causa-efeito), alheias às atualizações metodológicas e teóricas contemporâneas. Essas teorias não levam em conta os avanços tecnológicos que revolucionaram os instrumentos de investigação e julgamento, nem os desenvolvimentos em áreas como Psicologia Cognitiva, Neurociência e Ciência de Dados, que raramente são integrados ao processo penal[20].

A Era da Informação, juntamente com os avanços tecnológicos (internet, web, computadores, prova digital, inteligência artificial, big data), trouxe mudanças que não existiam na época da formulação dessas teorias. Por isso, não é justificado criticar os teóricos originais pela ausência desses recursos, mas é igualmente inapropriado continuar utilizando modelos obsoletos que não refletem a complexidade do atual contexto, que abrange os domínios analógico, digital e híbrido (*onlife*).

Hoje, lidamos com variáveis tanto analógicas quanto digitais, frequentemente sem uma compreensão clara dos princípios teórico-práticos necessários.

Luciano Floridi, em seu Manifesto *Onlife*, analisa o impacto das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) na autopercepção humana, nas interações sociais, na concepção da realidade e na definição do mundo. Questões antigas, como direitos fundamentais (dignidade humana, privacidade, controle social), ressurgem com força renovada[21].

---

[20] ROSA, Alexandre Morais da. **O Novo Processo Penal Onlife ou Híbrido**: analógico e digital. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/o-novo-processo-penal-onlife-ou-hibrido-analogico-e-digital/>. Acesso em: 1º jul. 2024.

[21] GOMEZ, Maria Nelida Gonzalez de. **A Ética da Informação de Luciano Floridi**: nas trilhas da filosofia. Disponível em: <chrome-

As TICs, que incluem dispositivos para otimizar o armazenamento, acesso, processamento e troca de dados, transformaram radicalmente nosso cotidiano, tanto pessoal quanto profissional, especialmente com o uso de computadores, internet e a web. Esse progresso resultou em uma troca acelerada e ampliada de informações, especialmente relevante para o Direito e o processo penal.

O processo penal *onlife* descreve o cenário atual em que as diretrizes teórico-práticas dos procedimentos penais se tornam híbridas, sem uniformidade ou consistência, devido à falta de entendimento sobre as características das entidades digitais. Esse modelo dinâmico equilibra as diretrizes tradicionais com as inovações tecnológicas emergentes (inteligência artificial, big data, internet, web, smartphones).

No contexto analógico, provas penais eram coletadas de documentos físicos, depoimentos e perícias materiais. Porém, com a ascensão dos crimes digitais e híbridos, em que tanto os atos quanto as evidências estão conectados ao ambiente digital, estima-se que mais de 80% (oitenta por cento) das provas agora sejam digitais ou digitalizadas.

A transformação do contexto analógico para o digital alterou drasticamente o processo penal, com a produção massiva de dados digitais. A falta de conhecimentos sobre essas novas ferramentas gera uma desigualdade processual, beneficiando aqueles com acesso a tecnologias avançadas e suas competências associadas.

O maior obstáculo atual é que muitos agentes penais ainda dependem apenas de papel e caneta, sem aproveitar as ferramentas digitais disponíveis que poderiam aumentar a eficiência na gestão de casos penais. Sem essa atualização, aumenta-se o risco de erros e a exposição a falhas processuais.

A adoção de TICs, associada à gestão do conhecimento e à proteção de dados pessoais, é essencial para modernizar o processo penal. As mudanças tecnológicas exigem uma constante atualização das competências digitais dos profissionais do direito, para que possam enfrentar os desafios do mundo *onlife* de maneira eficaz e imparcial.

---

extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cidad.bu.ufsc.br/files/2021/10/%C3%89tica-de-Floridi-por-N%C3%A9lida-Gonzales.pdf>. Acesso em:1º jul. 2024.

Outro ponto que merece ser abordado, agora sob a perspectiva e a experiência do autor, diz respeito à elaboração de sentenças penais com o auxílio da IA.

Não se desconhece que os litígios envolvendo matéria penal revestem-se de peculiaridades. Há um sem-número de demandas que aportam ao Poder Judiciário que são recorrentes e o uso da IA para tais casos é algo imperativo. Basta que se traga à lume as ações versando a discussão de contratos bancários ou aquelas relacionadas à cobrança de dívida ativa. A repetição é uma realidade, de modo que a IA possui uma ampla gama de atuação, desde a triagem de processos, a leitura de peças e a elaboração de minutas de provimentos jurisdicionais.

Já na seara penal, de maneira geral, os fatos em apuração não se repetem. Não existe um padrão único de conduta. Existe uma infinidade de possibilidades de se cometer um crime patrimonial. O arrombamento, por exemplo, pode ser feito em uma janela, porta ou portão, sendo usado uma barra de ferro, um pé-de-cabra ou uma chave de fenda. Um acidente de trânsito com vítima fatal, de igual maneira, pode ser cometido das mais variadas formas. Atropelamento na calçada, cruzamento de via preferencial, excesso de velocidade, etc. No tráfico de drogas não é diferente. Pode estar sendo questionada a venda de uma ou mais drogas, em pequenas ou grandes quantidades, na rua ou mediante entrega de motocicleta, dentre várias outras hipóteses.

Entretanto, mesmo havendo um leque bastante variado de condutas discutidas nas ações penais, a IA pode indiscutivelmente contribuir sobremaneira para imprimir maior celeridade, para dizer o mínimo, no trâmite processual.

Com efeito, existem hoje diversos programas de IA que permitem a degravação de vídeos, os quais podem ser utilizados para a transcrição dos depoimentos das pessoas ouvidas nos processos penais. Como é cediço, nas ações penais, invariavelmente, são realizadas audiências de instrução e julgamento para a inquirição das testemunhas e o interrogatório dos réus. A transcrição de tais depoimentos costumam levar bastante tempo. Geralmente a transcrição de um depoimento é feita no dobro do tempo em que ele foi colhido, se feito manualmente. É um sistema que não está imune ao erro, aliás.

De outro lado, quando realizada a degravação por programas especializados, destacando-se aqui o Fireflies[22], são necessários apenas poucos minutos. Um depoimento de 3 (três) horas é facilmente degravado em pouquíssimo tempo e o grau de acurácia é altíssimo. Com tal programa, ademais, é possível a extração da essência do depoimento, as partes mais destacadas. A economia de tempo e o percentual de acerto são inquestionáveis. Há recursos outros ainda que permitem verificar se o depoente titubeou ao responder ou o fez sem hesitar, possibilitando a valoração das palavras.

Não bastasse isso, também há outros programas de IA que permitem a estruturação e o desenvolvimento da análise das provas produzidas através dos depoimentos colhidos. É outro mecanismo de inquestionável valor. O MaxAi[23] destaca-se como um bom instrumento de auxílio, capaz de sistematizar a matéria probatória.

O ganho com estes aplicativos de IA é imenso e não pode ficar à margem do Judiciário da atualidade. São incontáveis e inegáveis os benefícios dos aplicativos de IA mesmo na seara penal. É necessário, no entanto, reforçar que a operação destes dispositivos não dispensa a intervenção humana e a figura do juiz. É o juiz, no exercício da jurisdição, o responsável por dar os comandos à máquina, não podendo ser dispensado. A ideia da IA no Poder Judiciário não é nem de longe dispensar a presença do juiz, mas auxiliá-lo na nobre tarefa de julgar, possibilitando que seja feita com maior celeridade e eficiência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre a jurisdição, abordando tanto a conceituação tradicional quanto os desafios atuais, evidencia uma transformação significativa no papel do Poder Judiciário na contemporaneidade. A visão clássica, que enaltece a função jurisdicional como um pilar para a resolução justa de conflitos e proteção dos direitos, encontra-se em um cenário de constante adaptação frente à judicialização massiva e ao aumento da litigiosidade.

[22] Fireflies. Disponível em: <https:www.fireflies.ai>. Acesso em:1º jul. 2024.
[23] MaxAI. Disponível em: <https://www.maxai.me>. Acesso em: 1º jul. 2024.

A crise numérica, caracterizada pelo excesso de demandas judiciais supracitadas, realça a necessidade de reformas urgentes. A introdução de inovações tecnológicas, particularmente da inteligência artificial (IA), aparece como uma solução promissora e inevitável. Conforme demonstrado, as iniciativas de IA já aplicadas no sistema jurídico, seja no Brasil ou em outros países, visam aumentar a eficiência e velocidade do processamento judicial, aliviando a carga sobre os tribunais e melhorando a qualidade da prestação jurisdicional.

No entanto, é crucial que a implementação dessa tecnologia seja realizada com cautela, assegurando que ela complemente – e não substitua – a atuação humana. A IA deve ser vista como uma ferramenta de apoio, potencializando a capacidade decisória dos magistrados sem comprometer a imparcialidade e profundidade das análises necessárias nos processos judiciais, inclusive na seara penal.

Dessa forma, a efetividade da função jurisdicional no século XXI dependerá de um equilíbrio delicado entre a aplicação de novas tecnologias e a manutenção dos princípios fundamentais que sustentam a justiça. A busca por esse equilíbrio deve ser contínua, garantindo que o Poder Judiciário consiga responder de modo adequado às crescentes demandas sociais, sem sacrificar a qualidade das decisões proferidas.

Em conclusão, o panorama atual exige uma visão integrada das reformas processuais e técnicas, onde a colaboração entre inovação tecnológica e a expertise humana seja harmoniosa, assegurando que a justiça permaneça acessível, ágil e, acima de tudo, justa.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Priscila Peixoto do. **A China e os tribunais inteligentes**. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/a-china-e-os-tribunais-inteligentes-por-priscilla-peixoto-do-amaral/>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Relatório do 1º ano de gestão, Ministro João Otávio Noronha, 2018-2019**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relat%C3%B3rio%20de%20gest%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2024.

CHELIGA, Tarcisio Teixeira Vinicius. **Inteligência artificial**: aspectos jurídicos. 2 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

Conselho Nacional de Justiça. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro**, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

_____. **Poder Judiciário e tecnologia**. Das origens do PJe à Justiça 4.0, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario-e-tecnologia-das-origens-do-pje-a-justica-4-0/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

_____. **Inteligência Artificial no Poder Judiciário Brasileiro**, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Inteligencia_artificial_no_poder_judiciario_brasileiro_2019-11-22>. Acesso em: 27 jun. 2024.

_____. **Justiça Pesquisa**: Políticas Públicas do Poder Judiciário. Uma Análise quantitativa e qualitativa do Impacto da implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na produtividade dos Tribunais, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/8fca1c5a0d1bac23a1d549c6f590cfce.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

_____. Resolução n. 332 de 21 de agosto de 2020, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/04_Livro-das-Resolucoes-do-CNJ_16X23-1.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2024.

_____. Portaria n. 271 de 04/12/2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 27 jun. 2024.

DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Costo i durata del processo civile in Italia. **Rivista di diritto civile**. v. 32, Parte Prima. Padova: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1986, ano XXXII.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: Le Garden des Promesses.

GOMEZ, Maria Nelida Gonzalez de. **A Ética da Informação de Luciano Floridi**: nas trihas da filosofia. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cidad.bu.ufsc.br/files/2021/10/%C3%89tica-de-Floridi-por-N%C3%A9lida-Gonzales.pdf>. Acesso em:1º jul. 2024.

Fireflies. Disponível em: <https:www.fireflies.ai>. Acesso em: 1º jul. 2024.

FITRIA, Tira Nur. **Avoiding Plagiarism of Students' Scientific Writing by Using the QuillBot Paraphraser**. Disponível em: <https://journal.unilak.ac.id/index.php/elsya/article/download/9917/4358/>. Acesso em: 27 abr. 2024.

FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

MaxAI. Disponível em: <https://www.maxai.me>. Acesso em: 1º jul. 2024.

MENDES. Alexandre José. **A qualidade da decisão com apoio de modelos de inteligência artificial no sistema de precedentes brasileiro**. Tese apresentada na Pontifícia Universidade do Paraná, Curitiba, 2021.

Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322824/voce-conhece-todos-os-robos-que-ja-operam-no-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 28 jun. 2024.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **O Novo Processo Penal Onlife ou Híbrido**: analógico e digital. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/o-novo-processo-penal-onlife-ou-hibrido-analogico-e-digital/>. Acesso em: 1º jul. 2024.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático:** intercâmbios entre *civil law* e *common law*. 2019. 509f. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica. Departamento do Centro de Educação de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí. *Dottorato di Ricerca. Università Degli Studi di Perugia* - UNIPG. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/264/TESE%20BRUNO%20MAKOWIECKY%20SALLES%20-%20TOTAL.pdf >. Acesso em: 5 jul. 2024.

_____. Jurisdição e Inteligência Artificial. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, vol. 2, n. 2, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817.

SUSSKIND, Richard. **Advogados do amanhã**: uma introdução ao seu futuro. 3 ed. Florianópolis: Emais, 2023.

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/poder-judiciario-de-sc-lanca-robo-dotado-de-inteligencia-artificial-e-capaz-de-propor-minutas>. Acesso em: 28 jun. 2024.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Tecnologia e precedentes: do portão de kafka ao panóptico digital pelas mãos da jurimetria. *In*: NUNES,

Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; e WOLKART, Eric Navarro (orgs). **Inteligência artificial e direito processual**: os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm, 2020.

TRIBUNAIS *ON-LINE* E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: Brasil e Espanha

ONLINE COURTS AND PERSONAL DATA PROTECTION: BRAZIL AND SPAIN

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva[1]

Resumo: Em todo o mundo, as transformações tecnológicas provocadas pela pandemia causada pelo Covid-19 aceleraram a digitalização da Justiça. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promoveu a padronização visando à interoperabilidade dos sistemas e à integração dos judiciários estaduais com o programa Justiça 4.0 e a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ). Na Espanha, a adoção do processo digital, com a integração à plataforma e-Justice da União Europeia, abriu espaço para a automação de diversas atividades. Apesar dos ganhos de produtividade e transparência, a ampla publicidade dos atos judiciais pode expor os dados pessoais dos usuários de maneira indevida. Em razão disso, medidas preventivas de proteção devem ser adotadas pelos tribunais.

Palavras-chave: tribunais *on-line*; processo digital; proteção de dados pessoais.

Abstract: All over the world, technological innovations brought by Covid-19 Pandemic accelerated the digital transformation of the Courts. In Brazil, the National Council of Justice – CNJ promoted standardization aiming the interoperability of systems and the integration among State Courts with the Justice 4.0 program and the Digital Platform of the Judiciary – PDPJ. In Spain, the adoption of digital process with the integration to the European Union's e-Justice platform opened field to automation of many activities. Despite gains in productivity and transparency, the wide publicity of judicial acts can expose users' personal data unduly. As a result, preventive measures of data protection must be adopted by the Courts.

Keywords: *online courts*; digital process; personal data protection.

INTRODUÇÃO

Nenhum evento afetou tanto a história recente da humanidade como a Pandemia da Covid-19. As transformações tecnológicas e comportamentais impostas à sociedade em poucas semanas impactaram diretamente os serviços públicos, abrindo definitivamente espaço para a telemedicina fazer diagnósticos *on-line*, com tratamentos e até cirurgias realizadas por inteligência

[1] Juiz de Direito de Segundo Grau no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Artigo apresentado à Universidad de Salamanca para conclusão do Curso de Pós-Doutorado em Direitos Humanos.

artificial; impondo também a adoção maciça do ensino à distância em praticamente todas as fases escolares e consolidando essa tendência que já se apresentava no ensino superior e de pós-graduação.

Com o Direito e as instituições judiciais, não poderia ser diferente. As tecnologias disruptivas estão a redefinir o acesso à Justiça, da mesma forma que exercem uma pressão de mercado sobre as grandes firmas de advocacia, obrigando-as a reduzir custos e ganhar agilidade, enquanto novos competidores chegam ao mercado com novos métodos de trabalho e novos papéis para a advocacia[2]. A partir de 2020, no contexto dessa significativa redução da resistência ao uso de novas tecnologias, o processo de digitalização dos Tribunais tornou-se acelerado em todo o planeta. É preciso, portanto, analisar melhor essas profundas transformações verificadas num momento em que os Tribunais de todo o mundo estão abandonando os processos em papel e passando à tramitação em meio eletrônico e digital.

Tania Sourdin, professora da Universidade de Newcastle, investigou essas transformações em 87 países[3]. Sua pesquisa demonstra que, ainda que a maioria dos juízes e tribunais continue trabalhando da mesma forma que nas últimas décadas, a partir de 2020, como resultado da Pandemia da Covid-19, os Tribunais aceleraram sua inovação tecnológica e passaram a adotar novas formas de trabalhar, como o acesso aos juízos completamente *on-line*. Audiências e sessões por videoconferência, ou mesmo virtuais, tornaram-se comuns, confirmando a célebre afirmação de Richard Susskind que “a Justiça é um serviço e não um lugar”[4].

Para Joaquín Delgado Martín, as tecnologias digitais permitem uma nova organização da Justiça: novas formas de processamento da informação, simplificação das normas de procedimento e relativização do espaço e tempo processuais, introduzindo atuações judiciais assíncronas, assim como, atos

[2] SUSSKIND, Richard. The end of lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services. Oxford: University Press, 2008, p. 270-274.
[3] SOURDIN, Tania. Judges, Technology and Artificial Intelligence. Cheltenham: Elgar Law, 2021, p. 38-45.
[4] SUSSKIND, Richard. Online Courts and the future of Justice. Oxford: University Press, 2019, p. 15.

judiciais que podem ser realizados de qualquer lugar (ubiquidade) e a qualquer tempo (24/7) dentro do marco estabelecido pela lei.[5]

O processo digital permite a realização de tarefas simultâneas por várias pessoas, eliminando gargalos e o chamado tempo morto do processo, como juntada de petições e ofícios de informações que agora são automáticos e instantâneos, aumentando o controle e a transparência. A nova realidade também evita viagens e deslocamentos desnecessários à sede dos Tribunais, superando os limites territoriais de competência, seja para comparecer a uma audiência ou simplesmente para retirar um documento. Mas, muito mais do que reduzir custos ou, simplesmente, agilizar a tramitação dos processos, o uso das novas tecnologias da informação tem o poder de transformar completamente o funcionamento dos Tribunais e a própria concepção de prestação da Justiça.

Em muitos países já se verifica uma onda de *justice apps* ou *legal apps*, como nova forma de administrar a Justiça, o que abre um enorme potencial para uso de inteligência artificial e *machine-learning*[6]*.* Esse sistema, que vem sendo denominado *Online Dispute Resolution*[7], para Susskind, tem o potencial de reestruturar as atividades judiciais, juntamente com a atuação das profissões jurídicas e das universidades, modificando o próprio papel da Justiça para torná-la ampla e verdadeiramente acessível “para todos e a qualquer momento”. Sourdin cita exemplos de algoritmos com papel de apoio ao processo decisório, já utilizados na Austrália, no Canadá, na China, nos Estados Unidos, no México, no Reino Unido e em Singapura, ampliando o acesso à Justiça[8].

Daniel Boeing e Alexandre Morais da Rosa explicam que, na atualidade, existe todo um contexto favorável para que essa transformação digital esteja se concretizando no Brasil: uma grande quantidade de dados tratáveis, disponibilidade de recursos para investir em novas tecnologias, insuficiência de

[5] MARTÍN, Joaquín Delgado. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020. p. 15.
[6] Sourdin, 2021, p. 12.
[7] Susskind, ibidem; Martín, p. 39.
[8] Sourdin, op. cit., p. 38-44.

pessoal para atender a demanda e uma enorme pressão por resultados[9]. Em decorrência de tudo isso, já funcionam no judiciário brasileiro robôs auxiliares para acesso aos sistemas de consulta de endereços, óbitos, veículos, informações bancárias e fiscais e robôs classificadores com capacidade de processamento da linguagem natural para organizar as filas de trabalho.

Encontram-se disponíveis no mercado brasileiro ferramentas auxiliares para decisão, como o Watson da IBM[10] e o robô assistente jurídico Eli – *Enhanced Legal Intelligence*[11], e, também, resultantes de iniciativas oficiais, como o projeto Sócrates, do Superior Tribunal de Justiça[12], e o projeto Victor, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal em parceria com a Universidade de Brasília – UnB[13], talvez o maior projeto acadêmico de inteligência artificial em andamento no País. Recentemente, num evento realizado em 09/07/2024, o Poder Judiciário de Santa Catarina anunciou a adoção da ferramenta Copilot de inteligência artificial generativa.[14]

Está em pleno curso um processo irreversível de transformação, cujas consequências ainda não podem ser completamente dimensionadas. Daniel Mitidiero constata um inegável ganho de *accountability* e transparência com o uso das novas tecnologias[15]. Mas, se, por um lado, destacam-se os ganhos de produtividade que geram celeridade e eficiência, por outro lado, importantes discussões éticas estão sendo travadas, levantando-se a possibilidade de estar ocorrendo ofensa a direitos fundamentais das partes, como o devido processo legal e a fundamentação das decisões constitucionalmente assegurados[16], e, também, dúvidas sobre até que ponto será recomendável abrir mão do contato

---

[9] BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Morais da. Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Emais Academia, 2020, p. 92.
[10] https://www.ibm.com/br-pt/watson
[11] https://legaltechnobrasil.com.br/empresa/eli/
[12] https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx
[13] https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1
[14] https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/evento-historico-marca-inicio-do-uso-da-inteligencia-artificial-no-judiciario-catarinense
[15] MITIDIERO, Daniel. “Accountability and Transparency of Civil Justice”. In MIKI, Koichi. Tecnology, the Global Economy and other New Chalenges for Civil Justice. Cambridge: Intersentia, 2021, p. 165-186.
[16] FRÖLICH, Afonso Vinício Kirschner e ENGELMANN, Wilson. Inteligência Artificial e Decisão Judicial: diálogo entre benefícios e riscos. Curitiba: Appris, 2020, 111-113.

humano proporcionado pela identidade física do juiz para favorecer a previsibilidade e a segurança jurídica[17].

Dadas as necessárias limitações deste trabalho, seu foco se restringe a um primeiro aspecto do problema, já bastante visível no presente momento: esse diz respeito à necessidade de proteção dos dados pessoais dos usuários, que acabam por ser expostos por força da publicidade e transparência dos julgamentos. O risco apontado nessa hipótese é de violação de direitos fundamentais das partes, especialmente: a privacidade dos usuários à luz da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), passando pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD 2016/679, aprovado pela União Europeia em 14 de abril de 2016, até a recente *Ley Orgánica* n. 7/2021, "de proteção de dados pessoais tratados para fins de prevenção, detenção, investigação e ajuizamento de infrações penais" da Espanha.

A presente pesquisa foi desenvolvida no Programa de Pós-Doutorado da Universidad de Salamanca *Derechos Humanos: de los Derechos Sociales a los Derechos Difusos*, sob orientação do Professor Doutor Augusto César Leite de Carvalho, com financiamento da Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina. O trabalho se inicia com uma breve apresentação do atual estágio de desenvolvimento do processo digital nos judiciários brasileiro e espanhol, para então passar logo a seguir às medidas de proteção de dados pessoais que estão sendo adotadas nos respectivos sistemas de Justiça do Brasil e da Espanha.

1 PROCESSO DIGITAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: CRISE E OPORTUNIDADE

O Judiciário brasileiro é, sem dúvida, o mais demandado no mundo. Em toda a história das democracias, nenhum país apresenta números de acesso à Justiça que se aproximem do que acontece no Brasil. Em dezembro de 2022, havia 63 milhões de processos judiciais em tramitação no País, e, somente naquele ano, ingressaram 31,5 milhões de casos novos, de acordo com a

[17] DE SANCTIS, Fausto Martin. Inteligência Artificial e Direito. São Paulo: Almedina, 2020, p. 22.

edição de 2023 do Relatório Justiça em Números, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça[18].

Um desafio de tamanha magnitude não comporta apenas uma única solução, e necessita ser confrontado em diversas frentes. Das inúmeras iniciativas promovidas pelo CNJ na administração da Justiça no Brasil, destacam-se: a capacitação obrigatória e constante de magistrados e servidores; o estímulo ao uso de meios não adversariais para a solução de conflitos; a necessidade de planejamento visando ao cumprimento de metas para aprimoramento da gestão pública; a restrição do acesso às instâncias superiores, com a criação de filtros processuais e com a uniformização da jurisprudência através de súmulas e precedentes vinculantes; e a inovação permanente, com adoção de soluções tecnológicas.

Tratando especificamente do caso brasileiro, Susskind faz questão de lembrar que um *backlog* com cerca de 100 milhões de processos somente poderá ser solucionado com o uso massivo das novas tecnologias[19]. O esforço pela digitalização da Justiça no Brasil evidencia-se há mais de dez anos, como foi relatado por Ruschel, Silva e Rover, destacando-se dentre as metas do Conselho Nacional de Justiça as diversas ações tomadas no sentido de promover o avanço e o nivelamento tecnológico dos Tribunais:

> O CNJ coordena as ações de modernização dos 91 Tribunais de Justiça brasileiros e, entre suas ações, está a aplicação de um conjunto de metas a ser cumpridas por estes Tribunais. Entre outras atividades, foi elencado um conjunto de 10 metas anuais (2009 e 2010) para que sejam atingidas pelos 91 Tribunais. [...] Metas de nivelamento de 2009 alinhadas com o e-gov: • {3} Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo Tribunal e à rede mundial de computadores (internet). • {4} Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos. • {5} Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias. • {6} Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas. • {7} Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça. • {8} Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens

[18] https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/
[19] Susskind, 2019, p. 287.

> judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud). • {10} Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.[20]

O trabalho de padronização e coleta dos dados no Poder Judiciário apenas se tornou possível com a adoção da numeração unificada instituída pela Resolução n. 65 de 16 de dezembro de 2008[21], posteriormente modificada pela Resolução n. 223, de 27 de maio de 2016, e pela Resolução n. 477, de 10 de outubro de 2022. A par disso, a interoperabilidade entre os diferentes sistemas e programas de computador foi viabilizada com a adoção pelos Tribunais do Termo de Cooperação Técnica n. 58/2009, e do Modelo Nacional de Interoperabilidade – MNI[22], estabelecidos pela Resolução Conjunta 3/2013 do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, que permite hoje o acesso às informações processuais, aos sistemas auxiliares e aos portais de todos os Tribunais em um só lugar.

Os frutos desse trabalho podem ser percebidos nos elevados índices de digitalização dos processos, que, em 2022, representaram 98,4% dos casos novos em meio eletrônico[23] e um investimento na casa de 3,14 bilhões em informática, apenas naquele mesmo ano[24]. Foi esse investimento que permitiu uma tramitação regular de quase todos os processos durante as restrições impostas pela Pandemia, e, em muitos casos, conforme destacaram os noticiários, até ganho de produtividade[25].

As Resoluções CNJ n. 345/2020 e 378/2021 dispõem sobre o "Juízo 100% digital" e o "Núcleo de Justiça 4.0" e permitem que os advogados realizem os atos processuais de qualquer lugar do planeta, aumentando sobremaneira a noção de "acesso à Justiça". Não à toa, o Ministro Luiz Fux, em seu discurso de despedida da Presidência do CNJ [26], destacou a continuidade dos trabalhos do Poder Judiciário sem nenhuma interrupção na

---

[20] RUSCHEL, Aírton José, SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e, e ROVER, Aires José. "O governo eletrônico na gestão do judiciário". Revista da Esmesc, v. 17, n. 23, 2010.
[21] https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=119
[22] https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/comite-nacional-de-gestao-de-tecnologia-da-informacao-e-comunicacao-do-poder-judiciario/modelo-nacional-de-interoperabilidade/
[23] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números 2023. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023, p. 175.
[24] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2023, p. 61.
[25] https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/10112021-Humberto-Martins-diz-que-digitalizacao-permitiu-a-Justica-manter-produtividade-na-pandemia.aspx
[26] https://www.cnj.jus.br/fux-apresenta-avancos-de-sua-gestao-a-frente-do-cnj/

Pandemia, graças à dedicação dos magistrados e servidores e à intensa regulação produzida pelo CNJ.

Outros exemplos disso são o "balcão virtual", regulado na Resolução CNJ n. 372/2021, permitindo o atendimento imediato de partes e advogados pelos servidores, no horário de atendimento, por ferramenta de videoconferência, de modo similar ao atendimento presencial no antigo "balcão", e a realização de audiências por videoconferência, o que, mesmo durante a Pandemia, viabilizou a continuidade dos trabalhos em muitas unidades judiciais, na forma regulamentada pelas Resoluções CNJ n. 337/2020 e n. 465/2022. É inegável a economia de tempo e de recursos ao se permitir que advogados, partes e testemunhas possam ser ouvidos de qualquer lugar, sem necessidade de viagens, deslocamentos, cartas precatórias ou rogatórias ao exterior.

Importante destacar que o Código de Processo Civil, no art. 196, delegou ao CNJ e aos Tribunais, supletivamente, a regulamentação da prática dos atos processuais por meio eletrônico. Foi dessa maneira que se superou outro importante e antigo gargalo do Judiciário, consistente na realização de intimações e citações por e-mail ou aplicativo de mensagem. A recente alteração do CPC, trazida pela conversão da MP 1.040/2021 na Lei 14.195, de 26 de agosto de 2021, incorporou as modificações, e as citações passaram a ser preferencialmente por meio eletrônico, na forma do art. 246, recentemente regulamentado pela Resolução n. 455 de 27 de abril de 2022.

O processo digital permite, ainda, superar os antigos limites territoriais da jurisdição (comarca ou seção judiciária), especializando magistrados e servidores para melhor aproveitar os recursos materiais e humanos disponíveis, como já fazem a Justiça Federal da 4ª Região, com a Resolução n. 101/2018, que determina a equalização da distribuição em matéria previdenciária[27], e o Poder Judiciário de Santa Catarina, com a regionalização das competências fiscal[28] e bancária[29] – experiências essas com reconhecido ganho superlativo de produtividade.

---

27 https://www.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=3008282&reload=false

28 https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/unidade-regional-de-execucoes-fiscais-municipais-e-estaduais-inicia-mudanca-para-upc

Todas essas medidas somente são possíveis graças ao Programa Justiça 4.0 e à iniciativa da Plataforma Digital do Poder Judiciário - PDPJ, regulada pela Res. CNJ n. 335/2020, desenvolvidas em parceria entre o CNJ, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), com apoio do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT)[30]. Essa grande parceria tem por objetivo aproximar o judiciário da sociedade, por meio das novas tecnologias e inteligência artificial, para cumprir o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS 16 da "Agenda 2030" da Organização das Nações Unidas – ONU, que prevê um esforço global para a melhoria das condições de vida no planeta, sob o enunciado: "PAZ, JUSTIÇA E INSTITUIÇÕES EFICAZES – Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis".

O ODS 16 aponta objetivos específicos que podem ser diretamente relacionados à construção de sistemas judiciais acessíveis a todos:

> **16.3** Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos
> **16.6** Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis
> **16.10** Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais[31]

Cabe salientar aqui que tais diretrizes são fruto de uma longa trajetória na construção de consensos para a promoção dos direitos humanos no espaço global. Desde 1966, a Organização das Nações Unidas (ONU) adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), ratificados pelo Brasil através dos Decretos n. 591[32] e n. 592[33], ambos de 6 de janeiro de 1992, justamente com o objetivo de conferir obrigatoriedade aos compromissos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

---

[29] https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nova-unidade-regional-de-direito-bancario-do-pjsc-passa-a-funcionar-no-dia-3-de-maio
[30] https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/
[31] https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16
[32] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm
[33] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm

O portal do CNJ destaca, ainda, o papel pioneiro do Poder Judiciário brasileiro na adoção e institucionalização da Agenda 2030, reforçando seu compromisso com a realização dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável:

> O Poder Judiciário Brasileiro é pioneiro, no mundo, na institucionalização da Agenda 2030 e indexação de sua base de dados com 80 milhões de processos a cada um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Integrar a Agenda 2030 no Poder Judiciário é a Meta Nacional 9 do Poder Judiciário Brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a sua celeridade. Quando há lesão ou ameaça de violação de direitos humanos, milhares de demandas são judicializadas, cabendo ao Poder Judiciário assegurar a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade.[34]

Dessa maneira, ao se falar em crise da Justiça no Brasil, diante do desafio representado por uma demanda gigantesca com dezenas de milhões de novos processos por ano, pode-se também perceber uma grande oportunidade para se promover a verdadeira dimensão dos direitos humanos, não apenas como um limite, mas como um objetivo a ser alcançado pela atuação estatal.

2 PROCESSO DIGITAL NA ESPANHA: A INICIATIVA E-JUSTICE

Na virada do século, logo após a instalação da União Europeia, pesquisadores europeus manifestavam preocupação com a infraestrutura, integração e interoperabilidade dos sistemas judiciais nacionais que, apesar de terem avançado bastante, seguiam muito atrelados ao tradicional modelo burocrático, sem que, necessariamente, esse avanço tivesse refletido na melhoria de seu desempenho, chegando-se a falar em “falsas promessas” da prestação da Justiça[35].

Para Rodríguez-Magariños, a digitalização da administração da Justiça constituía “uma necessidade urgente”, antecipando que essa transformação iria promover uma mudança radical no tratamento da informação:

---

[34] https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/

[35] CARNEALI, Davide, CONTINI, Francesco e FABRI, Marco. Tecnologie per la Giustizia – I sucessi e le false promesse dell’e-justice. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

> A digitalização supõe uma mudança radical no tratamento da informação. Permite seu armazenamento em grandes quantidades em memórias de tamanho reduzido, o que é mais revolucionário, liberá-la dos próprios objetos e suas características materiais e fazê-la residir em espaços topológicos (o 'ciberespaço' ou a 'infoesfera') como as redes informáticas, acessíveis de qualquer lugar do mundo em tempo real. Também possibilita reproduzi-la sem perda de qualidade de modo indefinido e enviá-la instantaneamente para qualquer lugar.[36]

Muita coisa mudou desde então. Na Espanha, a partir da Ley 11/2007, do acesso eletrônico dos cidadãos aos serviços públicos, passou-se a considerar a "forma eletrônica como meio habitual para que os cidadãos se relacionem com a administração"[37].

A digitalização do Judiciário teve como impulso inicial a comunicação do Conselho ao Parlamento Europeu datada de 30 de maio de 2008, com o título "Para uma estratégia europeia em matéria de e-Justice", que estabeleceu um "Plano de Ação e-Justice 2009-2013"[38] determinando a criação de regras especiais para o processo digital com base na prática existente.

Mais tarde, a Diretiva (UE) 2016/680 (*Law Enforcement Directive*) estabeleceu parâmetros de cooperação judicial com vistas à prevenção, investigação, detenção, acusação de crimes ou execução de penalidades criminais, sendo complementada pelo Regulamento (UE) 2016/794 e pelas respectivas legislações nacionais.

Casado e Torrijos afirmam que, com a Ley 18/2011 (LUTICAJ), a Espanha aplicou, ainda que tardiamente, o conceito de e-Justice da comunicação da Comissão Europeia ao Conselho, ao Parlamento e ao Comitê Econômico e Social Europeu: "o recurso às tecnologias da informação e da comunicação para melhorar o acesso dos cidadãos à justiça e para a eficácia da ação judicial entendida como toda atividade consistente em resolver um litígio ou sancionar penalmente uma conduta"[39].

A regulamentação do uso das novas tecnologias na administração da Justiça espanhola pela Ley 18/2011, permitiu à administração adotar a

---

[36] RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. La administración de Justicia digitalizada. Una necesidad inaplazable. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2008, p. 280.
[37] ESTRADA, Miren Josune Pérez. El proceso judicial digital – los efectos en la protección de los datos personales. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 25.
[38] Estrada, 2021, p. 27.
[39] CASADO, Eduardo Gamero e TORRIJOS, Julián Valero (orgs.), op. cit., p. 65-66.

tramitação dos processos e publicação das intimações por meio eletrônico. Mais recentemente, a *Ley Orgánica 4/2018* reformou a antiga *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ)* para tornar obrigatório o uso das novas tecnologias a juízes e magistrados em todos os níveis, diante do aumento da confiança e, também, de uma maior segurança do sistema[40].

Nesse contexto de reformas, considerando a desigual implantação das novas tecnologias no território espanhol, a interoperabilidade também foi favorecida pelo controle exercido em todo o país pelo *Consejo General del Poder Judicial*, na forma do parágrafo segundo do art. 230.6 LOPJ, com a redação dada pela *Ley Orgánica* 7/2015: "Os sistemas informáticos que forem utilizados na Administração da Justiça deverão ser compatíveis entre si para facilitar sua comunicação e integração, nos termos que determine o Comitê Técnico Estatal da Administração de Justiça Eletrônica"[41].

O mesmo *Consejo General del Poder Judicial* aprovou, em 22 de novembro de 2018, a *Instrucción* 1/2018, regulamentando a obrigatoriedade para juízes e magistrados do emprego dos meios informáticos a que se refere o art. 230 da LOPJ. Além de prever sanções pela não observância dessa determinação como descumprimento dos deveres do cargo, a *Instrucción* 1/2018 determinou a capacitação dos juízes e servidores para utilização segura dessas ferramentas[42].

A partir de então, de forma bastante similar às iniciativas brasileiras do Programa Justiça 4.0 e a Plataforma Digital do Poder Judiciário - PDPJ, a União Europeia instituiu o portal e-Justice[43] ou Portal Europeu da Justiça. Pensado para viabilizar a interoperabilidade entre seus diversos países integrantes, bem como para permitir que o usuário acesse um balcão único na área da justiça, foi publicado em 23 línguas, de modo a "permitir um acesso fácil a informações sobre diferentes sistemas de justiça e à justiça em geral na UE".

A iniciativa e-Justice permite consultar, num único portal, a legislação, precedentes judiciais e comunitários, jurisprudência, informações processuais, registros comerciais e imobiliários relativos aos diversos países que integram a

[40] Estrada, 2021, p. 37.
[41] Estrada, 2021, p. 53.
[42] Estrada, 2021, p. 67.
[43] https://e-justice.europa.eu/home

União Europeia. Paulo Ramón Suárez Xavier descreve esse processo de transformação digital, ou "smartificação" da administração da justiça, e afirma que as necessidades de adaptação às exigências da União Europeia permitem maior governança, com a publicação de resultados, tais como o "2020 *EU Justice Scoreboard*", e a adoção da gestão 4.0 em cumprimento às ODS da Agenda 2030 da ONU[44].

Quesada, Mallén[45] e De Sanctis[46] comentam os 5 princípios-chave da Carta de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente, adotada pela Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça - CEPEJ em sua 31ª reunião, em Estrasburgo, nos dias 3-4 de dezembro de 2018, dirigida aos atores públicos e privados responsáveis pelo desenvolvimento das ferramentas de inteligência artificial que afetem o tratamento de decisões e dados judiciais, objetivando evitar que se caia numa automatização desumanizadora do processo:

> Princípio do respeito pelos direitos fundamentais (*principle of respect for fundamental rights*);
> - Princípio da não discriminação (*principle of non-discrimination*);
> - Princípio da qualidade e segurança (*principle of quality and security*);
> - Princípio da transparência, imparcialidade e equidade (*principle of transparency, impartiality and fairness*);
> - Princípio do controle total pelo usuário (*under user control*).

Com a adoção das ferramentas de inteligência artificial, aumenta também a preocupação com a segurança dos dados dos usuários dos sistemas de Justiça. A Recomendação do Conselho do Parlamento Europeu sobre um marco de aspectos éticos da inteligência artificial, robótica e tecnologias conexas, de 20 de outubro de 2020, prescreve:

> O uso de dados, incluídos os dados pessoais como os dados biométricos, resultantes do desenvolvimento, coleta e utilização da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas está aumentando rapidamente, o que põe em destaque a necessidade de respeitar e fazer cumprir os direitos dos cidadãos à intimidade e à

[44] XAVIER, Paulo Ramón Suárez. Transformación Digital de la Administración de Justicia. A Coruña: Editorial Colex, 2021, p. 175-178.
[45] QUESADA, Luis Jimena e MALLÉN, Beatriz Tomás. Justicia y Anonimización de datos personales. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 26.
[46] DE SANCTIS, Fausto Martin. Inteligência Artificial e Direito. São Paulo: Almedina, 2020, p. 135.

> proteção dos dados pessoais em conformidade com o direito da União.[47]

O art. 235 bis da *Ley Orgánica del Poder Judicial* espanhola (LOPJ), introduzido pela *Ley Orgánica* 7/2021, de 26 de maio de 2021, com a rubrica denominada "Proteção de dados de caráter pessoal no âmbito da administração da Justiça" [48], determina, ainda, que a administração dos Tribunais deve conciliar-se com os padrões normativos introduzidos pelo RGPD de 2016, tais como, a inclusão em todas as ordens judiciais das necessárias advertências acerca da titularidade dos dados pessoais ali constantes.

Diante da aparente colisão de direitos entre a publicidade das decisões judiciais e o direito à intimidade das pessoas, Miren Estrada afirma que o processo digital na Espanha demanda uma necessária reforma processual para restringir o acesso: "existe uma disfunção entre a normativa que regula o processo judicial eletrônico e os meios tecnológicos que estão disponíveis para efetuá-la, pois não existe ainda uma restrição de acesso ao procedimento judicial eletrônico para os profissionais nele habilitados"[49].

Souza, Perrone e Magrani advertem que a adoção de soluções automatizadas com o uso de inteligência artificial demanda um maior zelo e cuidado com os dados, em razão das possíveis associações realizadas pela máquina:

> A automação gera eficiência, ganhos de tempo e consistência na aplicação de critérios. No entanto, em muitos casos, não há transparência quanto a como alcançaram os resultados a que chegaram. Essa opacidade se torna ainda mais expressiva em situações mais complexas, particularmente quando ocorre o uso de algoritmos de aprendizado de máquina (*machine learning*) ou outras formas de inteligência artificial. É da natureza dessas técnicas realizar associações e correlações inesperadas sem uma necessária vinculação com um raciocínio causal ou uma explicação. A busca é por padrões estatísticos presentes nos conjuntos de dados apresentados como base.[50]

O alerta é válido, tanto que Maria Eduarda Gonçalves, tratando especificamente da coleta e tratamento de dados pelo setor público, também

---

[47] LAS HERAS, Ramón Herrera de. Aspectos legales de la inteligencia artificial. Madrid: Editorial Dykinson, 2022, p. 59.
[48] https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-8806
[49] Estrada, 2021, p. 72.
[50] SOUZA, Carlos Affonso, PERRONE, Christian e MAGRANI, Eduardo. "O direito à explicação entre a experiência europeia e sua positivação na LGPD". In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 244.

ressalva que mesmo o ganho de eficiência não autoriza o desrespeito aos direitos de proteção da privacidade e dos dados pessoais:

> A sociedade da informação vem permitir ganhos de eficiência na sua recolha, tratamento e utilização pelas administrações públicas e, ao mesmo tempo, oportunidades inexploradas de uso dessa informação, seja para fins de serviço público, seja para fins privados. As políticas de valorização econômica da informação do Estado, aliadas ao movimento de privatização de serviços públicos, estão, porém, a afetar a esfera dentro da qual se tem exercido a liberdade de informação, na sua vertente de liberdade de acesso à documentação e informação administrativas[51].

De Sanctis igualmente menciona a necessidade premente de suprir lacunas que ainda não foram suficientemente enfrentadas em face do incremento exponencial da tecnologia:

> A regulamentação da situação da IA voltada à Justiça, inclusive no aspecto criminal, justifica-se pela simples ideia de que as leis existentes sozinhas não atendem às aspirações evidentes e aos desafios do nosso tempo se, em seu contexto, a prática enveredar, a um campo eticamente cinzento e perigoso[52].

Essa necessidade de regulamentação específica para proteção dos dados pessoais decorrente do uso massivo de dados e automação pelo Poder Judiciário é a hipótese que se pretende desenvolver nessa pesquisa.

3 PROTEÇÃO DE DADOS E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO: PROBLEMAS E SOLUÇÕES

Os dados pessoais são o combustível do chamado “capitalismo de plataforma”[53], disponíveis de forma praticamente gratuita, chegando, por isso, a ser chamados de “novo petróleo”[54]. Os conglomerados que atuam nessa área cresceram rapidamente num espaço de anomia e hoje detêm maior valor de mercado do que os grandes grupos financeiros cuja economia era baseada em

[51] GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 43.
[52] De Sanctis, 2020, p. 151.
[53] PICKER, Randall. “Platforms and Network Industries”. In MELAMED, A., PICKER, Randall, WEISER, Philip; WOOD, Diane. Antitrust Law and Trade Regulation, Cases and Materials. Chicago: University Casebook Series, 2019.
[54] MOROZOV, Evgeny. Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política. Trad. MARCONDES, Claudio. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

bens materiais como companhias petrolíferas, mineradoras ou indústrias automobilísticas.

Mesmo com as turbulências do mercado provocadas pela Pandemia e pela guerra da Ucrânia, o setor das *big tech* ligado à inteligência artificial não vem sentindo reflexos da estagnação econômica, pelo contrário, parece estar imune às crises e mantém um crescimento constante[55]. Ramón de Las Heras[56] afirma que a União Europeia estima que o investimento em inteligência artificial até 2027 alcançará a casa dos 160 bilhões de euros.

Após escândalos de repercussão internacional, como o caso Cambridge Analytica[57], a legislação de proteção de dados pessoais pretende impor limites a esse mercado que cresceu sem nenhuma regulação. Com a elevação da inteligência artificial a um status de elemento fundamental na economia do século XXI, nunca a importância da privacidade esteve tão em evidência, ao mesmo tempo, nunca o segredo foi a tal ponto devassado, tanto por empresas como por autoridades públicas. Nas palavras de Danilo Doneda:

> A partir das suas raízes fortemente vinculadas a uma tradição referente ao direito à privacidade e, de forma geral, ao fortalecimento dos direitos individuais, a proteção de dados pessoais começou a se estruturar com maior autonomia no momento em que o processamento automatizado de dados passou a representar, por si só, um fator de risco para o indivíduo.[58]

Um importante precedente citado por vários autores[59] é o caso Google Spain Vs AEPD e Mario Costeja González, julgado em 13 de maio de 2014 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que assegurou a um advogado espanhol a desindexação na plataforma dos dados relativos a uma antiga hasta

---

[55] https://mittechreview.com.br/a-economia-esta-em-baixa-mas-a-inteligencia-artificial-ganha-cada-vez-mais-notoriedade/

[56] LAS HERAS, Ramón Herrera de. Aspectos legales de la inteligencia artificial. Madrid: Editorial Dykinson, 2022, p. 59.

[57] https://www.cnnbrasil.com.br/business/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/

[58] DONEDA, Danilo. “Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais”. In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 4.

[59] MALDONADO, Viviane Nóbrega. “Dos Direitos do Titular”. In MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.). LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 32-227; QUESADA, Luis Jimena e MALLÉN, Beatriz Tomás. Justicia y Anonimización de datos personales. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 35.

pública referente a dívida pretérita e já paga que estaria prejudicando sua reputação.[60]

Para Maldonado e Blum[61], com a edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – GDPR em 2018, o tema da proteção de dados passou ao centro da agenda mundial.

No Brasil, a situação não é melhor. Pelo contrário, um longo histórico de problemas graves decorrentes de vazamentos em massa dos dados de usuários demandava essa regulamentação, especialmente no que diz respeito aos Tribunais.

Há muito são denunciadas as chamadas "listas sujas" de empregadores – odiosa prática que discrimina os trabalhadores que procuram a Justiça do Trabalho, ou até mesmo seus parentes – como já denunciava Raimundo Simão de Melo[62], cuja proliferação se tornou ainda mais disseminada com o advento do processo digital, levando o Tribunal Superior do Trabalho a promover medidas assecuratórias e impor pesadas condenações em danos morais contra os infratores.

Em agosto de 2013, o Tribunal Superior Eleitoral celebrou convênio com a Serasa, empresa privada que gerencia cadastros de consumidores para consultas de crédito, pelo qual o Tribunal cedia à empresa o seu banco de dados com todos os milhões de eleitores brasileiros pela módica quantia equivalente a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Após a notícia vir a público, o acordo foi revogado poucos dias depois pela Ministra Presidente.[63]

Em 2019, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS admitiu oficialmente a possibilidade de vazamento de informações de recém-aposentados durante o processo de concessão de aposentadoria, na esteira de uma enxurrada de reclamações de aposentados que vinham sofrendo assédio de bancos e financeiras oferecendo empréstimos consignados [64] . A investigação aberta na época não foi concluída até hoje, muito embora o

[60] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131
[61] MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.), 2019, op. cit., p. 33.
[62] MELO, Raimundo Simão de. "Discriminação, lista negra e direito de ação". Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, vol. 68, n. 3, jul/dez 2002, p. 229-232, disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/70781, p. 229.
[63] https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2013/Agosto/anulado-acordo-de-cooperacao-tecnica-com-a-serasa
[64] https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/04/10/inss-vazamento-de-dados-aposentados-emprestimos.htm

Instituto siga sendo condenado em milhares de ações indenizatórias movidas pelos aposentados.

Já em fevereiro de 2023, foi noticiada uma nova onda de golpes praticados contra escritórios de advocacia, em que os criminosos se utilizam de dados pessoais das partes, extraídos de processos públicos, para se passar por advogados e exigir depósitos a título de "destrancar" o processo. As notícias dão conta de muitas vítimas prejudicadas em diversos estados, com prejuízos em valores elevados.[65]

Acumulam-se, assim, as condenações proferidas contra o próprio Poder Judiciário, em razão do vazamento indevido de dados sigilosos, principalmente em processos que correm em segredo de Justiça. A exposição indevida dos dados de crianças e adolescentes, muitas vezes vítimas de abusos e crimes sexuais, dados de empresas, partes ou testemunhas, mostra-se altamente lesiva gerando sem dúvida direito à reparação. Para Ramón de Las Heras, "os possíveis danos podem gerar uma problemática jurídica, que vai desde demandas judiciais e multas ao assassinato de reputações e a destruição do valor de empresas para seus acionistas"[66].

Boa parte desses problemas se deve ao fato de a publicidade ser a regra nos julgamentos do Poder Judiciário no Brasil. A Constituição Federal ressalva apenas o interesse social e a tutela da intimidade: "LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem [...]".

Da mesma forma, porém, o direito à privacidade e a proteção aos dados pessoais hoje são igualmente assegurados pela Constituição Federal. Percebe-se, de antemão, que, em boa hora, o constituinte derivado optou por assegurar a proteção de dados pessoais, alçando esse direito à mesma categoria da publicidade dos atos processuais, o que permite a compatibilização entre os dois direitos:

> X - 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;

---

[65] https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/novo-golpe-criminosos-fingem-ser-advogados-para-extorquir-pessoas-pelo-whatsapp/

[66] LAS HERAS, Ramón Herrera de. Aspectos legales de la inteligencia artificial. Madrid: Editorial Dykinson, 2022, p. 17.

> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;
> LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022).

Como afirma Rony Vainzof[67], há muito a legislação brasileira tutela as informações constantes nos documentos da mais diversa natureza, através de específicos diplomas legais como a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), Lei de Software (Lei 9.609/1998), Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998). Com a emergência da sociedade de informação, novos estatutos foram aprovados para adequar a economia brasileira a essa nova realidade: Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

Não obstante, a importante lacuna da proteção de dados somente veio a ser preenchida no Brasil com a sanção da Lei 13.709/2018, posteriormente alterada pela Medida Provisória 869/2018, convertida na Lei 13.853/2019, que criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Evidentemente, essa tutela dos dados pessoais deve encontrar a mais ampla aplicação em todos os órgãos do poder público, inclusive o Poder Judiciário:

> A LGPD também se aplica a pessoa de direito público, prevendo, entre outras questões, que o tratamento deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, com informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso.[68]

Constatando essa aparente tensão entre publicidade e privacidade gerada na aplicação dos princípios da eficiência e da supremacia do poder público ao uso de dados pessoais pela administração pública, Miriam Wimmer observa que:

---

[67] VAINZOF, Rony. “Disposições preliminares”. In MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.). LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 19.
[68] VAINZOF, Rony, 2019, op. cit., p. 53.

> O uso e tratamento de dados pessoais pelo Poder Público tem sido historicamente polemizado a partir de dois horizontes de interpretação distintos: de um lado, a partir da ótica que destaca os riscos associados à vigilância e ao controle da sociedade; de outro, a partir da ótica da eficiência e da modernização do Estado.[69]

Acrescente-se a isso uma assimetria na coleta de dados pelo Poder Público que, por força da natureza das atividades que desempenha, sempre gozou do mais amplo acesso às informações coletadas com os cidadãos, estando vinculado à busca de eficiência na consecução de seus objetivos, como bem descreve Fernando Antônio Tasso:

> A relação jurídica estabelecida entre o Poder Público e o indivíduo titular de dados pessoais é marcada pela assimetria de poder, seja em decorrência da natureza jurídica do ente estatal que atua com poder de império, dotado de poderes para a consecução de seus deveres, como pela circunstância objetiva de que o ente estatal detém grande quantidade de dados pessoais em seus bancos de dados, como insumo ou subproduto do desempenho de sua atividade.[70]

Apesar da natureza compulsória da relação entre o cidadão e o Estado, Miriam Wimmer ainda considera possível conciliar a proteção dos dados pessoais com o interesse público:

> A aplicação da legislação de proteção de dados ao tratamento de dados pelo Poder Público - tanto no caso de atos individuais e concretos como também na edição de atos normativos – traz, portanto, o desafio de conciliação entre os princípios tradicionalmente aplicáveis à administração pública e aqueles contidos na própria LGPD, sem que se determine a precedência prima facie de um interesse público abstratamente caracterizado e reconhecendo também a importância da proteção de dados pessoais para além de sua dimensão individual.[71]

Exemplo disso é a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria da Ministra Rosa Weber que, em 6 e 7 de maio de 2020, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, suspendeu liminarmente a MPV n. 954 que, no contexto da Pandemia,

---

[69] WIMMER, Miriam. “O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público”. In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 275.
[70] TASSO, Fernando Antonio. “Do tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público”. In MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.). LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 247.
[71] WIMMER, Miriam. “O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público”. In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 278.

determinou a entrega dos dados pessoais dos usuários das companhias telefônicas à Fundação IBGE para realizar o censo.[72]

Com essa preocupação, o CNJ reuniu um grupo de trabalho com especialistas na área, para elaboração de estudos e propostas voltadas à adequação dos Tribunais à Lei Federal n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), em vigor desde 18 de setembro de 2020. Desse trabalho, resultaram a Resolução n. 363 de 12 de janeiro de 2021[73], determinando aos Tribunais a criação de um Comitê Gestor de Proteção de Dados Pessoais (CGPD), e o Provimento n. 134 de 24 de agosto de 2022[74], destinado às serventias extrajudiciais.

A ampla capacitação de magistrados e servidores em todos os níveis organizacionais num programa de sensibilização, com realização de cursos, encontros e aplicação de um questionário digital a todos; a nomeação de um Encarregado, do Comitê Gestor e de um grupo técnico de trabalho; a criação de um '*road map*' visando à revisão de todos os processos de trabalho para adequá-los ao cenário normativo inaugurado pela Lei Geral de Proteção de Dados; e a criação de um portal na '*home page*' do Tribunal e um aplicativo para atendimento aos usuários internos e externos, estão entre as exitosas práticas adotadas pelo Poder Judiciário de Santa Catarina, sob a condução da Desembargadora Denise Francoski, e relatadas no artigo "Aspectos Práticos para a implementação da Lei geral de Proteção de Dados Pessoais nos órgãos públicos"[75].

Assim, foi com subsídio nessas contribuições, e visando consolidar a criação de uma política de proteção de dados pessoais nos Tribunais brasileiros que o Conselho Nacional de Justiça publicou um importante documento com orientações para o "Tratamento de dados pessoais na consulta de jurisprudência: desafios e perspectivas"[76], em que recomenda:

---

[72] https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1
[73] https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668
[74] https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4707
[75] FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz. "Aspectos práticos para a implementação da Lei geral de proteção de dados pessoais – LGPD nos órgãos públicos: o case do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC". In FRANCOSKI, Denise de Souza, TASSO, Fernando Antonio (coord.). A Lei geral de proteção de dados pessoais: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado: LGPD. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 39.
[76] https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/tratamento-dados-pessoais-consulta-jurisprudencia30-11-21.pdf

> A omissão ou pseudonimização de dados pessoais nos textos das decisões judiciais, de um lado, e a ampliação do uso do instituto do segredo de justiça como instrumento de proteção de dados pessoais, de outro, são as duas medidas mais eficazes atualmente disponíveis para evitar a exposição indevida de informações de pessoas naturais pelos serviços de divulgação de jurisprudência, pois atuam na raiz do problema.

Destaque-se que em recente decisão relatada pelo Conselheiro João Paulo Schoucair, o CNJ rejeitou um pedido para que fosse vedado o uso de ferramentas de inteligência artificial para confeccionar atos processuais e fundamentar decisões[77]. Citando a Resolução n. 332/2020, que trata do uso de inteligência artificial no Judiciário, a decisão destaca que já existe um grupo de trabalho tratando da regulamentação da ferramenta, e que "os órgãos do Poder Judiciário deverão informar previamente ao CNJ sobre qualquer pesquisa, desenvolvimento, implantação ou uso de tecnologias e/ou ferramentas que utilizem de inteligência artificial, com esclarecimento acerca dos respectivos objetivos e resultados que se pretende alcançar".

A propósito, em trabalho dedicado à aplicação da inteligência artificial nos Tribunais brasileiros, Peixoto e Silva destacam a importância dos investimentos necessários à proteção dos usuários para segurança dos sistemas: "a IA é uma subárea da Ciência da Computação e representa uma das suas fronteiras de inovação. Inicialmente, sob o aspecto da segurança, está a proteção que é necessária para evitar o mau uso da própria IA, crescente em ataques cibernéticos"[78].

Daí a importância de um cuidado cada vez maior com a enorme quantidade de dados pessoais tratados diariamente nos Tribunais, já que parece evidente que o princípio da transparência (art. 6º, VI, da LGPD) e o direito à revisão de decisões automatizadas (art. 20, da LGPD) aplicam-se igualmente aos usuários do Poder Judiciário.

Passa-se assim, a um estudo dessas propostas, em cotejo com aquelas existentes no sistema espanhol.

---

[77] https://www.conjur.com.br/2024-jul-03/cnj-rejeita-pedido-para-barrar-uso-de-inteligencia-artificial-no-judiciario/

[78] PEIXOTO, Fabiano Hartmann e SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 38.

4 PROTEÇÃO DE DADOS NA ESPANHA: UM MODELO DE CUIDADO

O zelo demonstrado no recente indiciamento e prisão do jogador brasileiro Daniel Alves em Barcelona[79], cuja vítima segue até agora totalmente protegida pelo anonimato imposto por rigorosos protocolos legais, como o Estatuto da Vítima (Ley 4/2015, de 27 de abril)[80], que assegura especial proteção aos dados da vítima do delito, de menores e incapazes, contrastando com a crônica exposição de imagens de audiências que deveriam seguir em segredo de justiça, cuja livre exibição na internet e nos próprios órgãos de imprensa tem frequentemente chocado o Brasil.

Evidentemente, essa cultura de cuidado não surgiu de uma hora para outra: é fruto de uma longa evolução da sociedade espanhola.

Considera-se o marco jurídico da proteção de dados na Espanha a decisão do Tribunal Constitucional n. 292, de 30 de novembro de 2000. Consta da sua fundamentação:

> Deste modo, o objeto de proteção do direito fundamental à proteção de dados não se reduz apenas aos dados íntimos da pessoa, senão a qualquer tipo de dado pessoal, seja ou não íntimo, cujo conhecimento ou emprego por terceiros possa afetar seus direitos, sejam ou não fundamentais, porque seu objeto não é apenas a intimidade individual, que está abrangida pela proteção que o art. 18.1 CE outorga, senão os dados de caráter pessoal. Por consequência, também alcança os dados pessoais públicos, que, pelo fato de o serem, devem estar acessíveis ao conhecimento quem assim quiser, não escapam ao poder de disposição do afetado porque assim se garante seu direito à proteção de dados. Também por isso, que os dados sejam de caráter pessoal não significa que apenas tenham proteção aqueles relativos à vida privada ou íntima da pessoa, podendo servir para a confecção de seu perfil ideológico, racial, sexual, econômico ou de qualquer outra índole, ou que sirvam para qualquer outra utilidade que em determinadas circunstâncias constituam uma ameaça ao indivíduo.[81]

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2002 igualmente já reconhecia de forma detalhada a proteção de dados pessoais em seu artigo 8º, ainda que com efeitos políticos:

> 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por

[79] https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2023/01/25/o-que-e-o-protocolo-no-callem-aplicado-no-caso-daniel-alves.htm
[80] https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606
[81] Las Heras, 2022, p. 55.

> lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.[82]

O Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD 2016/679, aprovado em 14 de abril de 2016 pela União Europeia, entrou em vigor em 25 de maio de 2018. Substituiu a antiga Diretiva 95/46/EC e é aplicável a todos os indivíduos da União Europeia e empresas que atuem em seu território, assegurando que nenhum dado pessoal possa ser coletado sem o consentimento explícito e opcional do seu titular, que tem o direito de revogar essa permissão a qualquer momento.

Da mesma forma que no caso brasileiro, o artigo 120 da Constituição Espanhola impõe a publicidade dos julgamentos e atos judiciais. Miren Estrada alerta que devem ser adotadas, porém, as medidas necessárias para que as sentenças e atos judiciais não possam ser utilizados com fins contrários à lei: "O massivo tratamento de dados pessoais no processo origina a evidente necessidade de garantir sua proteção, o que, sem dúvida, tem implicações que afetam o princípio da publicidade das atuações judiciais"[83].

Alejandro Rodríguez Roca, também afirma ser necessário ampliar o debate em torno dos princípios da publicidade e a proteção dos dados pessoais para aprimorar a legislação processual no que trata do acesso à informação judicial:

> A adaptação do sistema de proteção de dados à Administração da Justiça enfrenta um problema fundamental, que é a oposição de um sistema de garantias baseado na reserva da informação frente a um sistema de garantias, de direito processual, que faz do princípio da publicidade um pilar fundamental da Administração da Justiça nas democracias. A conjugação de ambos os sistemas de normas requer o conhecimento dos limites de um e de outro, de maneira que a proteção dos dados possa servir para reforçar a publicidade das atuações judiciais.[84]

O regime jurídico da atividade judicial requer licitude do tratamento dos dados necessários para o bom funcionamento da Justiça. Para Joaquín

[82] https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf
[83] ESTRADA, Miren Josune Pérez. El proceso judicial digital – los efectos en la protección de los datos personales. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 159.
[84] ROCA, Alejandro Rodríguez. La protección de datos personales en los juzgados y tribunales. Madrid: Wolters Kluwer, 2021, p. 74.

Delgado Martín[85], de acordo com o parágrafo 1º do art. 236 LOPJ, não é necessário o consentimento do interessado para o tratamento dos seus dados pessoais no processo judicial, sejam eles trazidos espontaneamente pelas partes ou produzidos por ordem da autoridade. Por isso, devem ser assegurados aos titulares todos os direitos previstos no RGPD: acesso, retificação, supressão, limitação de tratamento, portabilidade de dados, oposição e decisões individuais não automatizadas.

Marina Cedeño Hernán[86] chama especial atenção à prova criminal: a captação e gravação de conversas e depoimentos, provas obtidas por sistemas de videovigilância, o combate à pornografia infantil e a necessidade de aprimorar a cooperação judicial internacional ante o avanço das novas tecnologias. No mesmo sentido, ao tratar de ferramentas para reconhecimento de imagem, voz, impressões digitais e outras, Carlota Cuatrecasas Monforte chama atenção para o "respeito à liberdade e privacidade do ser humano com garantia de gestão individual dos dados pessoais"[87].

Para Alejandro Rodríguez Roca[88], o processo é receptor de uma grande variedade de dados e informações necessárias em seu conjunto para a administração da Justiça, dentre os quais estão informações pessoais daqueles indivíduos que, por um motivo ou outro, precisam relacionar-se com o Judiciário. Alerta o autor para o problema da falta de proteção de dados frente ao exercício da função jurisdicional, especialmente em matéria de tratamento de dados a cargo dos Tribunais, como as fichas criminais, os dados da administração e todo o expediente penitenciário, inclusive gerando casos de responsabilização civil, e aponta como forma de mitigá-lo a possibilidade *ex officio* de suprimir os dados pessoais dos documentos que sejam acessíveis durante a tramitação do processo, evitando assim a colisão entre direitos fundamentais.

---

[85] MARTÍN, Joaquín Delgado. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 385.
[86] HERNÁN, Marina Cedeño (org.). Nuevas Tecnologías y Derechos Fundamentales en el Proceso. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017.
[87] MONFORTE, Carlota Cuatrecasas. La inteligencia artificial como herramienta de investigación criminal. Madrid: Wolters Kluwer/La Ley, 2022, p. 62.
[88] ROCA, Alejandro Rodríguez. La protección de datos personales en los juzgados y tribunales. Madrid: Wolters Kluwer, 2021, p. 21.

Já Jesús Baz Rodríguez[89] alerta para novas técnicas de gestão do trabalho nas empresas em transformação digital, como vigilância por vídeo, utilização de gravações, geolocalização, trabalho remoto, armazenamento de dados biométricos e monitoramento das redes sociais de candidatos, trabalhadores e ex-trabalhadores; implicando a proteção dos dados desses trabalhadores, para que haja limites específicos à gestão digitalizada do trabalho, inclusive perante o Poder Judiciário.

Como se vê, a preocupação deve ser sistêmica, abrangendo todos os elos da cadeia envolvidos no processo. Lago e Ramos[90] lembram a imprescindível presença dos direitos fundamentais como limite às novas tecnologias numa época tão perigosa quanto promissora, na qual já se percebe um aumento na desigualdade, e quando a informação não é apenas poder, mas pedra angular da democracia.

Para Quesada e Mallén, a quebra de privacidade das partes, testemunhas e demais colaboradores expõe uma disfuncionalidade que coloca em jogo a salvaguarda do próprio sistema judicial. O conflito aparente entre a publicidade dos atos e a proteção da privacidade dos usuários demanda a aplicação judicial dos avanços tecnológicos com pleno respeito à dignidade humana[91].

A incorporação dos avanços tecnológicos precisa acontecer de modo que não prejudique os direitos fundamentais. Deve-se lembrar sempre da importância do elemento humano, da necessária transparência, e dos diversos vieses envolvidos, para que não se percam a discricionariedade e a possibilidade de mudança diante de novas situações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, o mundo foi afetado por dramáticas mudanças sociais e econômicas decorrentes da ampla aplicação das novas tecnologias da informação. Tais mudanças, grande parte delas em decorrência da

[89] RODRÍGUEZ, Jesús Baz. Privavcidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
[90] LAGO, Manuel-Jesús Dolz e RAMOS, Mario Hernández. Por una política judicial humanista en la era digital: retos víricos. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 121-128.
[91] QUESADA, Luis Jimena e MALLÉN, Beatriz Tomás. Justicia y Anonimización de datos personales. Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 12-22.

Pandemia da Covid-19, tornaram-se urgentes e aceleradas a partir de 2020, com a utilização massiva da inteligência artificial e do aprendizado da máquina, vindo a produzir um impacto direto no campo do Direito e gerando particular transformação nas atividades da Justiça.

Dentre as vantagens resultantes desse processo, destacam-se os ganhos de produtividade e transparência, transformando e ampliando o acesso à Justiça, que hoje pode ser alcançada de forma completamente remota. Contudo, como em toda forma de inovação, é possível chegar-se a resultados não desejados, como a quebra da proteção à privacidade e aos dados pessoais dos usuários do sistema de Justiça, o que não é admissível à luz do ordenamento jurídico.

O Direito, em decorrência, produz respostas para essas situações, destacando-se, na Europa, o Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD e, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Como todos os demais órgãos públicos, os Tribunais encontram-se sujeitos a essas normas. Além disso, os órgãos da administração judiciária vêm produzindo normas internas visando à adequação de suas atividades a esses novos regulamentos para conciliar a publicidade dos atos processuais com o respeito e a devida proteção aos dados pessoais.

Considere-se que uma Justiça que promova os direitos fundamentais de proteção aos dados de seus cidadãos resguarda para si a confiança que lhe conferem esses cidadãos.

REFERÊNCIAS

BOEING, Daniel Henrique Arruda e ROSA, Alexandre Morais da. **Ensinando um robô a julgar: pragmática, discricionariedade, heurísticas e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário.** Florianópolis: Emais Academia, 2020.

CARNEALI, Davide, CONTINI, Francesco e FABRI, Marco. **Tecnologie per la Giustizia – I sucessi e le false promesse dell'e-justice.** Milano: Giuffrè Editore, 2006.

CASADO, Eduardo Gamero e TORRIJOS, Julián Valero (orgs.). **Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Jusdicia.** Pamplona: Aranzadi, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2023.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2023.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Inteligência Artificial e Direito.** São Paulo: Almedina, 2020.

DONEDA, Danilo. "Panorama Histórico da Proteção de Dados Pessoais". In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ESTRADA, Miren Josune Pérez. **El proceso judicial digital – los efectos en la protección de los datos personales.** Valencia: Tirant lo blanch, 2021.

FRANCOSKI, Denise de Souza Luiz. "Aspectos práticos para a implementação da Lei geral de proteção de dados pessoais – LGPD nos órgãos públicos: o case do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC". In FRANCOSKI, Denise de Souza, TASSO, Fernando Antonio (coord.). **A Lei geral de proteção de dados pessoais: aspectos práticos e teóricos relevantes no setor público e privado: LGPD.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FRÖLICH, Afonso Vinício Kirschner e ENGELMANN, Wilson. **Inteligência Artificial e Decisão Judicial - diálogo entre benefícios e riscos.** Curitiba: Appris, 2020.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

HERNÁN, Marina Cedeño (org.). **Nuevas Tecnologías y Derechos Fundamentales en el Proceso.** Pamplona: Editorial Aranzadi, 2017.

LAGO, Manuel-Jesús Dolz e RAMOS, Mario Hernández. **Por una política judicial humanista en la era digital: retos víricos.** Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

LAS HERAS, Ramón Herrera de. **Aspectos legales de la inteligencia artificial.** Madrid: Editorial Dykinson, 2022.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. "Dos Direitos do Titular". In MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.). **LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTÍN, Joaquín Delgado. **Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia.** Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

MELO, Raimundo Simão de. "Discriminação, lista negra e direito de ação". **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** Brasília, vol. 68, n. 3, jul/dez 2002, p. 229-232, disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/70781.

MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MITIDIERO, Daniel. “Accountability and Transparency of Civil Justice”. In MIKI, Koichi. **Tecnology, the Global Economy and other New Chalenges for Civil Justice.** Cambridge: Intersentia, 2021.

MONFORTE, Carlota Cuatrecasas. **La inteligencia artificial como herramienta de investigación criminal.** Madrid: Wolters Kluwer/La Ley, 2022.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política.** Trad. MARCONDES, Claudio. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann e SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito.** Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

PICKER, Randall. “Platforms and Network Industries”. In MELAMED, A., PICKER, Randall, WEISER, Philip; WOOD, Diane. **Antitrust Law and Trade Regulation, Cases and Materials.** Chicago: University Casebook Series, 2019.

QUESADA, Luis Jimena e MALLÉN, Beatriz Tomás. **Justicia y Anonimización de datos personales.** Valencia: Tirant lo blanch, 2021.

ROCA, Alejandro Rodríguez. **La protección de datos personales en los juzgados y tribunales.** Madrid: Wolters Kluwer, 2021.

RODRÍGUEZ, Jesús Baz. **Privavcidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital.** Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino Gudín. **La administración de Justicia digitalizada. Una necesidad inaplazable.** Barcelona: Ediciones Experiencia, 2008.

RUSCHEL, Aírton José, SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e, e ROVER, Aires José. “O governo eletrônico na gestão do judiciário”. **Revista da Esmesc**, v. 17, n. 23, 2010.

SOURDIN, Tania. **Judges, Technology and Artificial Intelligence.** Cheltenham: Elgar Law, 2021.

SOUZA, Carlos Affonso, PERRONE, Christian e MAGRANI, Eduardo. “O direito à explicação entre a experiência europeia e sua positivação na LGPD”. In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services.** Oxford: University Press, 2008.

_____. **Online Courts and the future of Justice.** Oxford: University Press, 2019.

TASSO, Fernando Antonio. “Do tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público”. In MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.). **LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORRIJOS, Julián Valero. “La incidência en el ámbito judicial del Reglamento General de Protección de Datos Personales desde a perspectiva de la transformación digital”. In VILAR, Silvia Barona. **Algoritmización del derecho y de la justicia – De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice.** Valencia: Tirant lo blanch, 2021.

VAINZOF, Rony. “Disposições preliminares”. In MALDONADO, Viviane Nóbrega e BLUM, Renato Opice (orgs.). **LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada.** 2a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WIMMER, Miriam. “O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público”. In MENDES, Laura Schertel, DONEDA, Danilo, SARLET, Ingo Wolfgang e RODRIGUES JR., Otavio (coord.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

XAVIER, Paulo Ramón Suárez. **Transformación Digital de la Administración de Justicia.** A Coruña: Editorial Colex, 2021.

A MINERAÇÃO DE DADOS E A NECESSIDADE DE UMA FILTRAGEM ANTIRRACISTA PARA CRIAÇÃO DE ALGORITMOS DE APOIO À DECISÃO DAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: Uma análise da polícia preditiva e do reconhecimento facial

DATA MINING AND THE NEED FOR ANTI-RACIST FILTERING TO CREATE ALGORITHMS TO SUPPORT THE DECISIONS OF BRAZILIAN PUBLIC SECURITY INSTITUTIONS: An analysis of predictive police and facial recognition

Edison Alvanir Anjos de Oliveira Júnior[1]

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar o impacto da ausência de uma filtragem antirracista na mineração de dados sobre a eficácia e a equidade dos algoritmos de apoio à decisão utilizados pelas instituições de segurança pública brasileiras, com foco nas tecnologias de polícia preditiva e reconhecimento facial. Para tal, utilizou-se metodologia do tipo qualitativa, com base em revisão bibliográfica e análise documental de estudos e relatórios que abordam a relação entre mineração de dados, racismo estrutural e tecnologias de segurança pública. Ante o exposto, conclui-se que a aplicação de tecnologias de policiamento preditivo e reconhecimento facial na segurança pública brasileira, apesar de seu potencial em reduzir a criminalidade, carrega o risco de perpetuar discriminações raciais se não forem implementadas medidas antirracistas eficazes. O racismo estrutural, enraizado nas instituições, pode influenciar os algoritmos de IA, resultando em decisões enviesadas que afetam desproporcionalmente grupos marginalizados. Portanto, é crucial que a filtragem antirracista seja incorporada ao desenvolvimento e à implementação dessas tecnologias, garantindo que os princípios de justiça, equidade e direitos humanos sejam respeitados no combate ao crime.

Palavras-chave: mineração de dados; filtragem antirracista; polícia preditiva.

Abstract: The present study aims to analyze the impact of the absence of anti-racist filtering in data mining on the effectiveness and equity of decision support algorithms used by Brazilian public security institutions, focusing on predictive police and facial recognition technologies. To this end, a qualitative methodology was used, based on a bibliographic review and documentary analysis of studies and reports that address the relationship between data mining, structural racism and public security technologies. In view of the above, it is concluded that the application of predictive policing and facial recognition technologies in Brazilian public security, despite their potential to reduce crime, carries the risk of perpetuating racial discrimination if effective anti-racist measures are not innovative. Structural racism, rooted in institutions, can influence AI algorithms, resulting in envied decisions that disproportionately affect marginalized groups. Therefore, it is crucial that anti-racist filtering is

[1] Juiz de direito e mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

incorporated into the development and implementation of these technologies, ensuring that the principles of justice, equity and human rights are respected in the fight against crime.

Keywords: data mining; anti-racist filtering; predictive policing.

INTRODUÇÃO

A mineração de dados e a aplicação de algoritmos de inteligência artificial têm se consolidado como ferramentas essenciais na modernização das instituições de segurança pública, especialmente na atuação preventiva e repressiva da criminalidade. No Brasil, esses avanços tecnológicos são particularmente evidentes na adoção de práticas como a polícia preditiva e o reconhecimento facial, que visam aumentar a eficiência das operações policiais e a segurança da população.

Contudo, a utilização dessas tecnologias suscita importantes debates acerca dos vieses implícitos nos dados e nos algoritmos, os quais podem reproduzir e perpetuar discriminações históricas, em especial o racismo estrutural, que já é um desafio recorrente na atuação das forças de segurança no país. Diante desse cenário, o problema que se coloca é: Como a ausência de uma filtragem antirracista na mineração de dados pode influenciar negativamente a criação de algoritmos de apoio à decisão nas instituições de segurança pública brasileiras, resultando em práticas discriminatórias?

Parte-se do pressuposto de que a falta de uma filtragem antirracista na etapa de mineração de dados, bem como na elaboração dos algoritmos utilizados pela polícia preditiva e no reconhecimento facial, contribui significativamente para a perpetuação de práticas racistas e discriminatórias no âmbito das instituições de segurança pública no Brasil.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar o impacto da ausência de uma filtragem antirracista na mineração de dados sobre a eficácia e a equidade dos algoritmos de apoio à decisão utilizados pelas instituições de segurança pública brasileiras, com foco nas tecnologias de polícia preditiva e reconhecimento facial. E os objetivos específicos: identificar os principais vieses raciais presentes nos dados utilizados para o treinamento de algoritmos de segurança pública; avaliar o impacto desses vieses na atuação das

tecnologias de polícia preditiva e reconhecimento facial nas instituições de segurança pública brasileiras; e propor diretrizes para a implementação de uma filtragem antirracista na mineração de dados que oriente a criação de algoritmos mais justos e equitativos.

A relevância desta pesquisa reside na necessidade urgente de promover uma atuação mais equitativa e justa das instituições de segurança pública no Brasil, que historicamente têm sido criticadas por práticas discriminatórias, muitas vezes direcionadas contra grupos raciais e étnicos específicos. Com a crescente dependência de tecnologias baseadas em dados, torna-se imperativo assegurar que esses sistemas não apenas reflitam, mas também corrijam as desigualdades existentes, promovendo uma segurança pública verdadeiramente inclusiva e eficiente.

A metodologia adotada nesta pesquisa será predominantemente qualitativa, com base em revisão bibliográfica e análise documental de estudos e relatórios que abordam a relação entre mineração de dados, racismo estrutural e tecnologias de segurança pública. O estudo visa, assim, fornecer subsídios para a formulação de políticas públicas que assegurem a implementação de uma filtragem antirracista efetiva na criação de algoritmos, contribuindo para a construção de uma segurança pública mais justa e inclusiva.

1 NOVAS TECNOLOGIAS: POSSIBILIDADES PARA O FUTURO DA ATUAÇÃO POLICIAL

A inteligência policial é um processo contínuo de coleta, análise e disseminação de informações para apoiar decisões estratégicas e operacionais das agências de segurança pública. Esses dados envolvem criminalidade, tendências, atividades ilícitas e ameaças à segurança. Sua importância é vasta, contribuindo para a prevenção e detecção de crimes, identificação de suspeitos e monitoramento de grupos suspeitos, além de apoiar operações complexas. Com os avanços tecnológicos, a inteligência policial tornou-se mais eficiente, utilizando grandes volumes de dados e inteligência artificial. No entanto, o uso dessas tecnologias traz desafios éticos e de privacidade, que

devem ser cuidadosamente geridos para garantir a eficácia e conformidade com normas legais.

Na contemporaneidade, a Segurança Pública enfrenta uma série de desafios, e o avanço tecnológico se apresenta como um potencial aliado para aumentar a eficiência e a capacidade de resposta das forças policiais. Inovações como o uso de Big Data, inteligência artificial, câmeras de monitoramento, drones, aplicativos móveis, e algoritmos voltados às necessidades das instituições policiais surgem como ferramentas estratégicas na prevenção de crimes. Neste capítulo, será realizada uma análise dessas tecnologias e de sua aplicação no contexto da Segurança Pública.

A mineração de dados, um campo da Ciência da Computação que emergiu por volta de 1980, foi inicialmente desenvolvida como uma ferramenta para a análise de grandes volumes de dados acumulados por empresas e organizações durante suas operações. Esses dados, quando devidamente analisados, podiam revelar informações ocultas que potencializariam o desempenho organizacional. Com o crescimento exponencial do fluxo de dados entre computadores, dispositivos móveis e intermediários, como tablets, a mineração de dados evoluiu para uma técnica amplamente utilizada na análise automática de informações e na geração de conhecimento, extraindo insights valiosos dos dados disponíveis[2].

O termo "Big Data" surgiu no século XXI, inicialmente entre astrônomos e geneticistas, para descrever novas maneiras e ferramentas para analisar grandes volumes de dados, uma vez que a capacidade de memória dos computadores da época era limitada e não comportava o armazenamento de todas as informações disponíveis. Embora a expressão “Big Data” seja abrangente e, muitas vezes, imprecisa, ela é amplamente utilizada em diversos campos do conhecimento e setores da sociedade[3].

Atualmente, o aumento exponencial de indivíduos e dispositivos conectados à internet tem resultado em uma quantidade massiva de informações geradas e armazenadas diariamente. Embora a prática de capturar, armazenar e analisar dados não seja novidade, ela evoluiu

[2] SERBENA, C. A. Interfaces atuais entre a e-justiça e a q-justiça no Brasil. ***In:*** **Revista de sociologia e política**, v. 21, n. 45, p. 47–56, mar. 2013.

[3] GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. **Big data:** desafios à tutela a pessoa humana na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

significativamente com o avanço tecnológico. Esse ambiente de grandes bases de dados favorece as grandes empresas de tecnologia, conhecidas como Big Techs, cujo principal produto é a utilização do Big Data.

As tecnologias de Big Data estão associadas a conjuntos de dados de grande escala, caracterizados por sua complexidade, diversidade e falta de organização. Esses dados são tão vastos que as técnicas computacionais tradicionais se mostram inadequadas para lidar com seu armazenamento, processamento, compartilhamento e preservação. De fato, esses conjuntos de dados são tão massivos que não podem ser processados por um único computador[4].

O uso de Big Data na prevenção e controle de crimes na área de Segurança Pública é notável. Ele permite a análise abrangente das dimensões quantitativas dos crimes, dos detalhes temporais e espaciais de sua ocorrência, bem como dos possíveis padrões de evolução ao longo do tempo. Alguns estudiosos denominam essa prática como “big data criminal”, destacando sua importância para a prevenção inovadora de delitos[5].

Internacionalmente, diversos departamentos de polícia nos Estados Unidos adotaram estratégias baseadas na análise de Big Data para examinar o histórico de crimes. Por exemplo, a polícia de Santa Cruz, na Califórnia, utiliza essa abordagem para identificar tendências e padrões recorrentes ao longo do tempo. Em estados como Maryland, tecnologias preditivas são empregadas para avaliar a probabilidade de reincidência de infratores e para a revisão de liberdade condicional, sendo aplicadas pelos sistemas de justiça. Outro exemplo é o da polícia da Carolina do Sul, que utiliza ferramentas de análise de dados fornecidas pela IBM para examinar padrões de crimes e identificar pontos críticos, visando aprimorar a eficácia das operações policiais. O departamento de polícia de Los Angeles, por sua vez, estabeleceu parcerias com instituições de pesquisa para desenvolver sistemas e softwares capazes de prever áreas de alto risco para a ocorrência de crimes[6].

---

[4] SEMELER, A. R.; PINTO, A. L. Os diferentes conceitos de dados de pesquisa na abordagem da biblioteconomia de dados. ***In:*** **Ciência da informação**, v. 48, n. 1, 2014.

[5] CAI, Y.; LI, D.; WANG, Y. Intelligent crime prevention and control big data analysis system based on imaging and capsule network model. **Neural processing letters**, v. 53, n. 4, 2021.

[6] AMARAL, Thiago Bottino do; VARGAS, Daniel; PRATES, Fernanda (Coords). **Segurança pública na era do big data:** mapeamento e diagnóstico da implementação de novas tecnologias no combate à criminalidade. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023.

Na China, o cenário é semelhante, com a análise criminal baseada em Big Data, conhecida como “policiamento da informação”, tornando-se um suporte essencial para a prevenção e o controle social na segurança pública. Um exemplo significativo é o Departamento de Segurança Pública da polícia de Shandong, onde a implementação de uma plataforma em nuvem permitiu a coleta de impressionantes 36,9 bilhões de dados em 2016, totalizando dez petabytes de informações armazenadas[7].

O Big Data deve ser utilizado como uma ferramenta essencial para facilitar a análise de informações e identificar padrões criminais, contribuindo significativamente para a prevenção de delitos. Conforme observado por Manning[8], a dependência da polícia em relação à informação e à confiança no público como principal fonte de dados é fundamental para a compreensão de seu mandato e função. A polícia coleta diversos tipos de informações, utilizando-as para diferentes fins, com base em suposições de senso comum sobre seu trabalho e as expectativas do público.

As informações primárias, ou dados "brutos", são processadas para solucionar crimes ou encerrar eventos, transformando-se em informações secundárias. Quando processadas novamente, e organizadas de forma adequada, essas informações podem evoluir para um estágio terciário ou "diretivo", interagindo com as estratégias operacionais da polícia, como a alocação de recursos para fins preventivos, prospectivos ou reativos.

As fontes de dados para a polícia incluem informações provenientes de transações econômicas facilitadas por sistemas computacionais, dados obtidos através de dispositivos e locais interconectados à internet, como a Internet das Coisas (IoT), drones, veículos automatizados, inteligência artificial, além de repositórios de dados governamentais e empresariais. Outras fontes incluem sistemas de vigilância públicos e privados, dispositivos móveis, satélites, e-

[7] CAI, Y.; LI, D.; WANG, Y. Intelligent crime prevention and control big data analysis system based on imaging and capsule network model. **Neural processing letters**, v. 53, n. 4, 2021.

[8] MANNING, Peter. As tecnologias de informação e a polícia. ***In:*** TONRY, Michael; MORRIS, Norval, Org(s). **Policiamento moderno.** São Paulo: Editorada Universidade de São Paulo, 2003.

mails, compras online, pesquisas em motores de busca como o Google e interações em redes sociais como o Facebook[9].

No contexto brasileiro, a implementação de tecnologias de Inteligência Artificial (IA) para reconhecimento facial, como parte das políticas públicas, foi objeto de estudo e planejamento desde os anos 2000. Observou-se uma crescente ênfase na formulação de políticas públicas relacionadas a essa tecnologia, culminando na primeira menção ao reconhecimento facial por meio de IA no Plano Nacional de Segurança Pública 2018-2028, com foco na fiscalização em fronteiras, portos e aeroportos. O estudo também indicou um aumento significativo na elaboração de políticas públicas tecnológicas, especialmente após a disponibilização de editais por financiadoras públicas a partir de 2012[10].

Em 2019, o Brasil iniciou a utilização do Big Data em nível nacional. Com um investimento de R$ 32 milhões, foram lançados pelo Ministério da Justiça quatro programas governamentais em um período de quatro anos: Sinesp Big Data, Sinesp GeoInteligência, Sinesp Tempo Real e Big Data Busca. Esses programas foram introduzidos por meio do projeto "Em Frente Brasil", um piloto elaborado para o combate à criminalidade nos estados do Espírito Santo, Goiás, Pará, Paraná e Pernambuco[11].

Contudo, em 2020, a pandemia de COVID-19 impactou diretamente diversas políticas públicas no Brasil, redirecionando os esforços para conter a propagação do vírus e reforçar o sistema de saúde, o que resultou no atraso de metas e ações em outras áreas. Até o momento, esses programas ainda não demonstraram resultados concretos.

O quadro 1 abaixo apresenta de forma resumida as áreas de aplicação, fontes de dados e técnicas para o tratamento de dados, sejam para comercialização, perfilamento ou agregação de valor aos dados.

---

[9] ZUBOFF, S. Big brother: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. ***In:*** BRUNO, F. et al. (Orgs.). **Tecnologias da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

[10] NASCIMENTO, P. V.; RIBEIRO, M. A sociedade do controle digital e a segurança pública brasileira. ***In:*** **Direito UNIFACS:** debate virtual, n. 277, 30 jun. 2023.

[11] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministério entrega aos estados primeiras ferramentas de big data e inteligência artificial para combater a criminalidade.** 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566331890.72. Acesso em: 10 ago. 2024.

Quadro 1 – Tratamento de Dados (Fontes e Técnicas)

Área	Fonte de Dados	Técnicas
Análise/Mineração de Textos	Redes sociais, e-mails, blogs, fóruns, questionários, relatórios, notícias, registros de call centers.	Resumo automático de textos, resposta a perguntas, análise de sentimentos.
Análise de Áudio	Dados de call centers, área da saúde.	Reconhecimento automático de fala, indexação fonética, busca.
Análise de Conteúdo de Vídeo	Vídeos de segurança (circuitos internos), vídeos gerados em plataformas como YouTube.	Arquitetura baseada em servidor ou edge computing.
Análise de Redes Sociais	Redes sociais, blogs, microblogs, compartilhamento de mídia, sites de perguntas/respostas, wikis.	Análise baseada em conteúdo, análise de estrutura – detecção de comunidades, análise de influência social, previsão de links.

Fonte: Adaptado de Silva et al.[12]

Um dos principais desafios enfrentados pelo Brasil está relacionado aos bancos de dados. O país não possui uma base de dados nacional consolidada, e os bancos de dados estaduais operantes sofrem com problemas de qualidade das informações disponíveis. Dada a extensão territorial brasileira, é essencial que ocorra uma cooperação eficiente entre o governo federal e os estados, visando à criação de um banco de dados nacional de alta qualidade, essencial para a aplicação eficaz do Big Data[13].

A Inteligência Artificial (IA), fruto da Quarta Revolução Industrial, é uma tecnologia que trabalha com sistemas operacionais inteligentes, os quais aprendem a partir dos dados fornecidos pelos usuários e de suas próprias experiências na resolução de problemas concretos. Schwab[14] afirma que a IA está revolucionando a economia digital e, em breve, redefinirá também a economia do mundo físico. Seu objetivo principal é capacitar máquinas para interagir no mundo físico, facilitando a comunicação entre seres humanos e computadores.

[12] SILVA, V. J.; BONACELLI, M. B. M.; PACHECO, C. A. O sistema tecnológico digital: inteligência artificial, computação em nuvem e big data. ***In:*** **Revista brasileira de inovação**, v. 19, p. e0200024–e0200024, 28 dez. 2020.

[13] SILVA, V. J.; BONACELLI, M. B. M.; PACHECO, C. A. O sistema tecnológico digital: inteligência artificial, computação em nuvem e big data. ***In:*** **Revista brasileira de inovação**, v. 19, p. e0200024–e0200024, 28 dez. 2020.

[14] SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2018.

No futuro, os sistemas de IA poderão enfrentar desafios complexos, como a redução das emissões globais de dióxido de carbono e a gestão do tráfego aéreo em escala global, problemas que excedem a capacidade humana. Cientistas preveem que os cenários de ficção científica, com sistemas inteligentes e assistentes digitais empáticos, estarão próximos de se tornarem realidade. Nos últimos anos, houve um aumento exponencial de pesquisas e investimentos em IA. Grandes empresas globais, como Amazon, Facebook, IBM, Google e DeepMind, estabeleceram parcerias para criar uma plataforma aberta de IA com o objetivo de beneficiar a sociedade como um todo[15].

Os métodos mais utilizados na criação de máquinas inteligentes envolvem fornecer-lhes objetivos e algoritmos, permitindo que elas determinem as melhores maneiras de alcançar esses objetivos. Uma alternativa seria programar previamente os comportamentos desejados, o que demandaria um esforço mental significativo por parte dos humanos, desviando o foco da verdadeira função da IA. Ademais, essa abordagem seria inviável até para tarefas simples, como o jogo de xadrez[16].

No campo da segurança pública, a IA oferece um vasto potencial de aplicação. Alguns cientistas acreditam que, futuramente, robôs serão capazes de executar diversas tarefas policiais rotineiras. Atualmente, sistemas de IA já monitoram fluxos de informações, emitindo alertas sobre padrões suspeitos. Em 2016, pela primeira vez, a polícia de Dallas, nos Estados Unidos, utilizou um robô para executar força letal, implantando um explosivo controlado remotamente para neutralizar um atirador que havia matado cinco policiais. Além disso, robôs têm sido usados em operações de busca e resgate de vítimas[17].

No Brasil, o uso da IA na segurança pública ainda está em fase inicial. No Paraná, em 2022, foi lançado um projeto piloto chamado "viatura inteligente", equipada com câmeras capazes de identificar placas e pessoas em tempo real. Essas câmeras estão estrategicamente posicionadas ao redor do veículo, proporcionando uma visão de 360º e permitindo a captura de

---

15 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2018.

16 SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2018.

17 POLÍCIA usou “robô-bomba” para matar atirador de Dallas. ***In:*** **G1.com,** 2016. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/suspeito-de-ataque-em-dallas-diz-que-queria-matar-gente-branca.html. Acesso em: 10 ago. 2024.

informações detalhadas sobre veículos e pessoas filmadas. O sistema emite alertas sobre indivíduos procurados pela justiça e registra a quantidade de pessoas e veículos observados durante as operações policiais[18].

Ainda no Paraná, o governo estadual implementou o projeto "Olho Vivo", que busca instalar câmeras de vigilância em 29 regiões, cobrindo aproximadamente 65% da população estadual. Esse sistema inclui avanços como o reconhecimento facial e a leitura de placas de veículos, com o intuito de facilitar a identificação de criminosos. O investimento total no projeto é de R$ 42 milhões[19].

No Rio Grande do Sul, desde 2017, foi criado o Sistema de Segurança Integrada com os Municípios (SIM/RS) por meio do Decreto Estadual nº 53.506, de 6 de abril de 2017. O sistema surgiu da necessidade de integrar esforços entre as instituições federais, estaduais, municipais e a sociedade civil organizada para enfrentar a violência e a criminalidade no estado[20].

O SIM/RS é sustentado por cinco pilares: prevenção, operações, tecnologia, inteligência e informações, além de ressocialização e sistema penitenciário. Seu objetivo é melhorar a eficiência do serviço de segurança pública, otimizando tanto os recursos humanos quanto os materiais e promovendo o compartilhamento de tecnologias e informações entre os municípios e o Estado[21].

Dentro desse contexto de integração, surgiram os Centros Integrados de Operações de Segurança Pública (CIOPS). Esses centros atuam como núcleos de comando e controle para operações de segurança pública, não apenas em Santa Maria, mas também em diversos municípios da região central do estado. Eles estão interligados tecnologicamente por meio de sistemas de videomonitoramento e cercamento eletrônico.

---

[18] FREITAS, C. M. de. A atuação da Polícia Militar do Paraná frente à proteção da mulher em face da violência doméstica mediante o uso da inteligência artificial. ***In:*** **Brazilian journal of development**, v. 9, n. 9, p. 26924–26953, 22 set. 2023.

[19] FREITAS, C. M. de. A atuação da Polícia Militar do Paraná frente à proteção da mulher em face da violência doméstica mediante o uso da inteligência artificial. ***In:*** **Brazilian journal of development**, v. 9, n. 9, p. 26924–26953, 22 set. 2023.

[20] ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. **Conheça o SIM**. Porto Alegre, 2023. Disponível em: https://www.ssp.rs.gov.br/sim. Acesso em: 10 ago. 2024.

[21] ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. **Conheça o SIM**. Porto Alegre, 2023. Disponível em: https://www.ssp.rs.gov.br/sim. Acesso em: 10 ago. 2024.

Conforme o termo de cooperação com o SIM/RS, a Secretaria de Segurança Pública do Estado define videomonitoramento como um sistema que permite visualizar, gravar e compartilhar imagens em tempo real, captadas por câmeras integradas e gerenciadas por softwares inteligentes. O cercamento eletrônico é descrito como um sistema que utiliza câmeras de monitoramento e softwares inteligentes para ler dados e possibilitar uma resposta rápida a incidentes que exigem ação da Segurança Pública e de agentes de fiscalização[22].

A estratégia central desse sistema é distribuir câmeras nos pontos de entrada e saída dos municípios, criando uma "barreira virtual" que monitora o fluxo de veículos. Essa abordagem facilita o rastreamento de ocorrências, como roubos de veículos, documentação irregular e a identificação de veículos suspeitos. A eficácia do sistema cresce à medida que mais cidades aderem, permitindo um monitoramento mais amplo. Em 2019, um exemplo bem-sucedido dessa aplicação ocorreu quando a Secretaria de Segurança Pública do Rio Grande do Sul implementou o sistema em 36 municípios, centralizando as operações na capital[23].

Embora a maioria dos estados brasileiros já utilize algum tipo de vigilância ou monitoramento por vídeo, o uso de Big Data e Inteligência Artificial ainda está em fase inicial. O principal desafio é integrar as informações entre estados e o governo federal, criando bancos de dados que promovam a cooperação. A partir daí, a combinação do Big Data com IA poderá tornar o trabalho policial mais eficaz.

2 POLICIAMENTO PREDITIVO: IMPACTO DOS VIESES RACIAIS NA SEGURANÇA PÚBLICA

No contexto do novo panorama nacional, a Polícia Militar enfrenta o desafio de evoluir para um modelo de policiamento inteligente, o qual combina

[22] ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. **Conheça o SIM**. Porto Alegre, 2023. Disponível em: https://www.ssp.rs.gov.br/sim. Acesso em: 10 ago. 2024.

[23] ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. **Cercamento eletrônico e videomonitoramento reforçam segurança pública em 36 municípios.** Porto Alegre, 2019. Disponível em: https://estado.rs.gov.br/cercamento-eletronico-e-videomonitoramento-reforcam-segurancapublica-em-36-municipios. Acesso em: 10 ago. 2024.

tecnologia avançada, como Big Data e Inteligência Artificial (IA), com a rotina operacional da corporação, com o intuito de promover ações preditivas no combate à criminalidade. Nos Estados Unidos, nas últimas décadas, têm sido desenvolvidos métodos de Policiamento Preditivo e Policiamento Inteligente, com o propósito de implementar abordagens de policiamento mais eficazes, reduzir índices de criminalidade e fomentar a inovação por meio da aplicação efetiva de informações e aprimoramento da avaliação de desempenho[24].

Essas metodologias visam, primordialmente, antecipar a ação policial frente a eventos criminosos, utilizando ferramentas analíticas para a implementação de medidas preventivas. A premissa central é identificar áreas de risco, ou seja, locais propensos à ocorrência de crimes, o que, evidentemente, representa um desafio significativo. A capacidade de antecipar ou prognosticar crimes fundamenta-se na compreensão de que os delitos não ocorrem de maneira uniforme em termos geográficos, mas concentram-se em áreas e pontos específicos, denominados “hotspots”. Esses locais de elevada incidência de crimes resultam da interação entre vítimas e infratores, bem como das oportunidades propícias à prática de delitos[25].

Segundo Weisburd[26] essa abordagem, que se centra na análise de pequenas áreas geográficas com alta incidência de crimes, originou a formulação da “lei da concentração dos crimes”, proposta pela Escola de Criminologia local. Tal lei é respaldada por pesquisas que demonstram que, em grandes centros urbanos, cerca de 50% dos incidentes criminais ocorrem em aproximadamente 5% da área analisada. Com base nessas informações, o poder público pode aplicar recursos de forma eficiente e direcionada, contribuindo para uma melhoria significativa na prevenção de crimes.

Segundo Alura[27] a Inteligência Artificial (IA) representa uma tecnologia com potencial para trazer diversos benefícios à prática policial, como a otimização de processos, a melhoria da qualidade dos serviços, a redução de

---

[24] COLDREN, J. R.; HUNTOON, A.; MEDARIS, M. Introducing smart policing: foundations, principles and practice. ***In:*** **Police quarterly**, v. 16, n. 3, p. 275-286, set. 2013.

[25] RUMMENS, A.; HARDYNS, W.; PAUWELS, L. The use of predictive analysis in spatiotemporal crime forecasting: building and testing a model in an urban context. ***In:*** **Applied geography**, v. 86, p. 255–261, set. 2017.

[26] WEISBURD, D. The law of crime concentration and the criminology of place. ***In:*** **Criminology**, v. 53, n. 2, p. 133-157, maio 2015.

[27] ALURA. **Ética e Inteligência Artificial**: qual a relação e os desafios? Disponível em: https://www.alura.com.br/artigos/etica-e-inteligencia-artificial. Acesso em: 13 ago. 2024.

custos e a prevenção de crimes. No entanto, sua aplicação na segurança pública envolve desafios e limitações que devem ser cuidadosamente considerados e superados pelos profissionais da área. Um dos principais desafios é assegurar a transparência e a equidade dos algoritmos utilizados, evitando discriminações injustas. A transparência refere-se à capacidade de explicar e justificar as decisões tomadas pela IA, bem como de permitir o acesso e a verificação dos dados e dos processos envolvidos. A equidade implica tratar todos os indivíduos de forma justa e imparcial, sem favorecimento ou prejuízo a determinados grupos ou características. Esses princípios são essenciais para garantir a confiança, a responsabilidade e a legitimidade da IA na segurança pública[28].

Além disso, Santos[29] destaca que, existem riscos associados à privacidade, discriminação, manipulação e falta de controle, que podem impactar a confiança da sociedade na polícia e na tecnologia, bem como a legitimidade e a legalidade das ações policiais. A complexidade e a opacidade de alguns algoritmos de IA dificultam a compreensão e a explicação de seu funcionamento e lógica.

A dependência excessiva da tecnologia pode levar à desvalorização da intuição e da experiência humana, fatores indispensáveis na atuação policial. Esse fenômeno, conhecido como dependência tecnológica, pode resultar em prejuízos como perda de foco, isolamento social, procrastinação e aumento de transtornos mentais. Portanto, é crucial encontrar um equilíbrio entre a tecnologia e a inteligência humana na prática policial, reconhecendo os benefícios e as limitações de ambos[30].

Medidas adequadas, como a implementação de regulamentações, auditorias, testes, avaliações, monitoramentos e revisões periódicas dos sistemas de IA, bem como a capacitação e conscientização dos profissionais envolvidos, são necessárias para prevenir e corrigir possíveis problemas e promover o uso ético e responsável da IA na segurança pública. É imperativo

---

[28] PROGRAMARIA. **Algoritmos de inteligência artificial (IA) e vieses**: uma reflexão sobre ética e justiça. Disponível em: https://www.programaria.org/algoritmos-de-inteligencia-artificial-e-vieses-uma-reflexao-sobre-etica-e-justica/. Acesso em: 13 ago. 2024.

[29] SANTOS, R. F. dos. Inteligência artificial e segurança pública: desafios e oportunidades. ***In:*** **Revista brasileira de segurança pública**, v. 13, n. 1, p. 80-101, 2019.

[30] PSICOTER. **Dependência tecnológica**: impactos e consequências. Disponível em: https://psicoter.com.br/dependencia-tecnologica/. Acesso em: 13 ago. 2024.

estabelecer salvaguardas éticas e legais para proteger os direitos civis e individuais, evitando abusos de poder. Por exemplo, a IA pode infringir a privacidade ao coletar, armazenar, processar e compartilhar dados pessoais sem consentimento ou reproduzir vieses e estereótipos contra certos grupos[31].

A Polícia Militar do Paraná (PMPR) deve adotar medidas rigorosas para garantir o uso ético e responsável da IA, incluindo a definição de princípios, normas e protocolos, a avaliação de impactos, a fiscalização de conformidade e a transparência dos processos. A implementação da IA na PMPR tem o potencial de transformar a prática policial e as relações com a comunidade, trazendo benefícios como a redução da criminalidade e a melhoria da eficiência, mas também apresenta desafios que exigem uma abordagem equilibrada entre inovação tecnológica e princípios fundamentais de justiça e equidade[32].

Para Santos[33] a confiança, cooperação e cidadania entre a polícia e a comunidade, bem como a promoção da segurança pública como um direito humano fundamental, dependem da adoção de práticas responsáveis e da avaliação contínua dos impactos da IA na segurança pública.

Com maestria Almeida informa que "[...] De tal modo que, se o racismo é inerente à ordem social, a única forma de uma instituição combatê-lo é por meio de implementação de prática antirracistas efetivas"[34]. E considerando que o racismo é estrutural, pois ultrapassa a ação individual e assevera a dimensão do poder como parte constituinte das relações raciais, não se pode concluir de forma diferente, além de estrutural ele também é institucional[35].

Almeida arremata:

> Vimos que as instituições reproduzem as condições para o estabelecimento e a manutenção da ordem social. Desse modo, se é possível falar de um racismo institucional, significa que a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar. Assim

[31] SILVA, V. J.; BONACELLI, M. B. M.; PACHECO, C. A. O sistema tecnológico digital: inteligência artificial, computação em nuvem e big data. ***In:*** **Revista brasileira de inovação**, v. 19, p. e0200024–e0200024, 28 dez. 2020.

[32] SANTOS, R. F. dos. Inteligência artificial e segurança pública: desafios e oportunidades. ***In:*** **Revista brasileira de segurança pública**, v. 13, n. 1, p. 80-101, 2019.

[33] SANTOS, R. F. dos. Inteligência artificial e segurança pública: desafios e oportunidades. ***In:*** **Revista brasileira de segurança pública**, v. 13, n. 1, p. 80-101, 2019.

[34] ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2021, p. 48.

[35] ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2021.

> como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente – com todos os conflitos que lhe são inerentes, o racismo que essa instituição venha a expressar é também parte dessa mesma estrutura. As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos[36].

As instituições refletem o racismo presente na sociedade, o que se manifesta na criação de programas de reconhecimento facial que auxiliam a polícia preditiva. Sem uma filtragem antirracista, esses programas inevitavelmente se tornam racistas. Wojciechowski e Da Rosa[37] demonstram isso ao relatar o caso de Robert McDaniel, um estudante de 22 anos que, em 2013, foi surpreendido ao ser informado pela comandante do Departamento de Polícia de Chicago que estava sob intensa vigilância, sem qualquer explicação sobre o motivo. O mais alarmante é que McDaniel não era suspeito de nenhum crime. Sua inclusão em uma lista de vigilância provavelmente se deu devido às suas amizades e à comunidade violenta em que vivia.

Os autores ressaltam que, na prática, o uso de análises preditivas, alimentadas por algoritmos, projeta o futuro com base em dados passados e, pior ainda, atribui uma falsa neutralidade matemática a decisões enviesadas e discriminatórias. Embora esses modelos matemáticos não considerem explicitamente raça ou etnia, mas sim áreas geográficas, é evidente que o uso dessas tecnologias acaba por perpetuar antigas injustiças. O racismo estrutural e o preconceito indireto são promovidos por indicadores como local de residência e escolaridade[38].

Wojciechowski e Da Rosa[39] concluem que essas práticas levam ao encarceramento massivo de pessoas das mesmas regiões, geralmente negras ou latinas, por crimes sem gravidade. Mesmo sem considerar diretamente a

---

[36] ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2021, p. 47.

[37] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed., Florianópolis: Emais. 2021.

[38] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed., Florianópolis: Emais. 2021.

[39] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed., Florianópolis: Emais. 2021.

raça, o resultado final desses modelos matemáticos é a criminalização e o encarceramento de determinadas raças e etnias.

A nota de rodapé de Wojciechowski e Da Rosa[40] destacam como proxies, ou indicadores substitutos, são usados no Judiciário brasileiro para justificar condenações criminais sem mencionar diretamente a raça ou etnia. Fatores como "atitude suspeita", ausência de residência fixa, e "região de traficância" substituem a cor da pele, influenciando as decisões judiciais. Recentemente, essas iniquidades ficaram evidentes na sentença da Juíza Inês Marchalek Zarpelon, que condenou um jovem negro a 14 anos de prisão, afirmando que ele era "seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça".

Embora o racismo raramente apareça de forma explícita nas sentenças, ele está presente, revelando as profundas desigualdades a que pessoas negras são sujeitas no sistema penal. Portanto, sem a devida filtragem, esses modelos se tornam inevitavelmente racistas, pois as máquinas aprendem com os dados que lhes são fornecidos e reproduzem os vieses de uma sociedade racista[41].

Ainda de acordo com Madeira et al.[42], os algoritmos de reconhecimento facial estão evoluindo significativamente, superando desafios como envelhecimento, iluminação deficiente e rostos ocultos, enquanto os bancos de dados de imagens faciais se expandem com a crescente instalação de câmeras de segurança e a coleta de fotos a partir de diversas fontes, incluindo redes sociais e aplicativos. Essa expansão também é impulsionada pela crescente submissão ao escaneamento facial e coleta de dados por parte de autoridades.

Na China, a tecnologia de reconhecimento facial (FRT) foi empregada pelo governo para monitorar o cumprimento das rígidas medidas de *lockdown* durante a pandemia de Covid-19. Com uma vasta rede de câmeras de biometria espalhadas pelo país, as autoridades chinesas exerceram um

---

[40] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed., Florianópolis: Emais. 2021.

[41] MADEIRA, Z.; GOMES, D. D. de O. Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo. ***In:*** **Serviço Social & Sociedade,** n. 133, p. 463-479, dez. 2018.

[42] MADEIRA, Z.; GOMES, D. D. de O. Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo. ***In:*** **Serviço Social & Sociedade,** n. 133, p. 463-479, dez. 2018.

controle rigoroso sobre a população, permitindo identificar focos de infecção, gerenciar o isolamento social e punir infratores das normas de quarentena[43].

O Japão, por sua vez, destacou-se pelo uso da FRT durante as Olimpíadas de 2020, que foram adiadas para 2021 devido à pandemia. Quando finalmente realizadas, foram implementadas avançadas medidas de segurança, incluindo o uso de FRT para diversos aspectos dos Jogos Olímpicos. A tecnologia foi utilizada para recepção no aeroporto, controle de acesso às áreas de competição e segurança em locais públicos, contribuindo significativamente para a proteção do evento[44].

Desde 2017, o Reino Unido tem incorporado a FRT na segurança pública, com a utilização crescente da tecnologia para monitorar e prevenir ocorrências em grandes eventos. Exemplos de seu uso incluem o show da Beyoncé, a coroação do Rei Charles e o Grande Prêmio da Grã-Bretanha de Fórmula 1. Durante esses eventos, milhares de rostos foram escaneados ao vivo e comparados com imagens de indivíduos procurados, permitindo a identificação e detenção de suspeitos[45].

No Brasil, ainda de acordo com Nabeshima[46] a discussão sobre o uso de câmeras de FRT no metrô de São Paulo tem ganhado destaque recentemente. A Companhia do Metropolitano de São Paulo defende a implementação do novo sistema de monitoramento eletrônico para melhorar a segurança dos usuários e ajudar na localização de pessoas desaparecidas. No entanto, entidades como as defensorias públicas da União e do Estado, o coletivo de advocacia em direitos humanos (CADHu) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) têm buscado judicialmente impedir o uso do sistema, alegando viés discriminatório do software e violação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

---

43 NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

44 NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

45 NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

46 NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

Por sua vez, Nakashima[47] aponta que o uso da tecnologia de reconhecimento facial (FRT) é um tema amplamente discutido, no entanto, sua regulamentação permanece ainda incipiente e dispersa. Apesar de o conceito de “proteção de dados pessoais” ter ganhado relevância nos últimos anos, levando à criação de diretrizes legais em diversos países, a regulamentação específica para o tratamento de dados biométricos obtidos por meio de FRT em espaços públicos ainda é insuficiente. Não há uma normatização abrangente e restritiva que previna abusos, discriminação e invasões de privacidade pelos controladores de dados.

Na União Europeia, a proteção de dados pessoais é regida por dois instrumentos principais: a Convenção 108 e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR). A Convenção 108, adotada pelo Conselho da Europa, foi o primeiro tratado jurídico focado na proteção de dados pessoais. Seu Artigo 6º veda o tratamento automatizado de dados que revelem origem racial, opiniões políticas, crenças religiosas, saúde ou vida sexual, salvo se a legislação nacional estabelecer salvaguardas adequadas[48].

No entanto, o Artigo 9º prevê exceções para a proteção da segurança do Estado, segurança pública, interesses financeiros do Estado, repressão de crimes e proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Dessa forma, embora a convenção enfatize a dignidade humana, ela permite sua relativização em prol da segurança em certas circunstâncias[49].

Em 2018, o Conselho da Europa iniciou um processo de modernização da Convenção 108 para enfrentar os desafios e oportunidades gerados pelo rápido avanço das tecnologias de informação e comunicação. Esta versão revisada, denominada Convenção 108+, foi adotada em 2023 e está prevista para entrar em vigor em junho de 2024. A Convenção 108+ não apenas aborda questões emergentes como análise de grandes volumes de dados, inteligência artificial e tratamento de dados pessoais no ambiente de trabalho, mas também

---

[47] NAKASHIMA, M. Desvendando o potencial e os desafios da inteligência artificial na Polícia Militar do Paraná: estratégias para predição e prevenção de crimes. ***In:*** **Revista ibero-americana de humanidades**, **ciências e educação,** São Paulo, v. 10, n. 01, jan. 2024.

[48] UNIÃO EUROPEIA**.** Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento geral sobre a proteção de dados (GDPR). ***In:*** **Jornal oficial da União Europeia**, L 119, p. 1-88, 2016.

[49] UNIÃO EUROPEIA**.** Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento geral sobre a proteção de dados (GDPR). ***In:*** **Jornal oficial da União Europeia**, L 119, p. 1-88, 2016.

fortalece os mecanismos de aplicação da convenção e promove a cooperação internacional em matéria de proteção de dados[50].

A GDPR, em vigor desde 25 de maio de 2018, visa reforçar e harmonizar as normas de proteção de dados para todos os cidadãos da União Europeia, estabelecendo regras rigorosas sobre a coleta, processamento, armazenamento e proteção dos dados pessoais. O regulamento garante aos indivíduos um maior controle e privacidade sobre suas informações pessoais[51].

A definição de dados biométricos, segundo o Artigo 4, nº 14, da GDPR, abrange dados pessoais gerados a partir de processamento técnico específico, relacionados às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa. Esses dados permitem ou confirmam a identificação única de um indivíduo, como no caso de imagens faciais ou impressões digitais. Devido à sua natureza particular e à dificuldade de exclusão ou alteração, o tratamento de dados biométricos é, em regra, proibido, salvo quando o titular tenha fornecido consentimento explícito ou quando se justifique por interesses públicos específicos, conforme previsto no Artigo 9, nº 2, da GDPR, ou em outras exceções estabelecidas no mesmo dispositivo legal[52].

Em maio de 2022, o Conselho Europeu de Proteção de Dados publicou as Diretrizes 05/2022, abordando o uso de reconhecimento facial. Esse órgão, que tem como função aplicar a GDPR e fomentar a cooperação entre as autoridades de proteção de dados dos países da UE, argumenta que a utilização de dados biométricos em espaços públicos para identificação representa uma violação desproporcional aos direitos dos titulares. Tal prática afeta diretamente a expectativa de anonimato e compromete os princípios de autodeterminação e participação livre em uma sociedade democrática, o que leva à recomendação de evitar o uso de reconhecimento facial em locais públicos[53].

---

[50] NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

[51] UNIÃO EUROPEIA**.** Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento geral sobre a proteção de dados (GDPR). ***In:*** **Jornal oficial da União Europeia**, L 119, p. 1-88, 2016.

[52] UNIÃO EUROPEIA**.** Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento geral sobre a proteção de dados (GDPR). ***In:*** **Jornal oficial da União Europeia**, L 119, p. 1-88, 2016.

[53] URUPÁ, Marcos. Diretriz da Europa pretende proibir reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Teletime,** 2022. Disponível em: https://teletime.com.br/19/05/2022/diretriz-da-

Em um contexto mais amplo, o Parlamento Europeu, em outubro de 2021, emitiu uma decisão não vinculativa sugerindo a proibição do reconhecimento facial por forças policiais em espaços públicos e em policiamento preditivo. Além disso, recomendou a restrição da criação de bancos de dados privados com essa finalidade[54].

Nos Estados Unidos, o uso de tecnologia de reconhecimento facial pela polícia em espaços públicos tem gerado controvérsias, principalmente sobre o equilíbrio entre privacidade e segurança pública. Entre 2019 e 2020, diversos estados optaram por proibir essa tecnologia, refletindo preocupações sobre sua potencial invasão de privacidade. Entretanto, mais recentemente, alguns estados revisaram essas restrições e passaram a adotar uma postura mais permissiva, permitindo o uso do reconhecimento facial em situações específicas para proteger a população[55].

Apesar do crescente uso da tecnologia, não há uma legislação federal que regule o reconhecimento facial (FRT) nos Estados Unidos. Em novembro de 2023, no entanto, foi introduzido o Facial Recognition Act, uma proposta legislativa do deputado Ted Lieu, na Câmara dos Representantes. Esse projeto de lei busca regulamentar o uso da FRT por autoridades policiais, incorporando lições aprendidas em diferentes estados e atendendo às demandas de grupos defensores dos direitos de privacidade e direitos digitais. O objetivo central do Facial Recognition Act é estabelecer normas restritivas para o uso da FRT na aplicação da lei[56].

Entre as principais disposições do Facial Recognition Act estão a exigência de um mandado judicial baseado em causa provável para o uso da tecnologia em casos de crimes violentos graves. Além disso, o projeto de lei

---

europa-pretende-proibir-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 20 ago. 2024.

54 URUPÁ, Marcos. Diretriz da Europa pretende proibir reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Teletime,** 2022. Disponível em: https://teletime.com.br/19/05/2022/diretriz-da-europa-pretende-proibir-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 20 ago. 2024.

55 ALEXANDRE, K. M. A. **A tecnologia de reconhecimento facial como meio de obtenção de prova no âmbito criminal**: uma análise à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

56 ALEXANDRE, K. M. A. **A tecnologia de reconhecimento facial como meio de obtenção de prova no âmbito criminal**: uma análise à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

proíbe que a FRT seja utilizada como única base para determinar causa provável em buscas, prisões ou outras ações legais. Também impede o uso dessa tecnologia para monitorar o exercício de direitos constitucionais, como o direito de protestar. Outro aspecto importante do projeto é a promoção da transparência e a proteção dos direitos dos cidadãos, prevendo o direito de ação privada para aqueles que forem prejudicados pelo uso indevido da FRT e exigindo que as autoridades informem os indivíduos que foram alvos de buscas com essa tecnologia[57].

Para o autor:

> Embora o Facial Recognition Act ainda esteja em tramitação no Congresso americano, é visto como um avanço significativo nas discussões sobre a regulamentação do uso da FRT, pois estabelece requisitos claros e específicos para a tecnologia, visando proteger os direitos dos cidadãos e garantir a segurança pública[58].

No Brasil, apesar da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estar em vigor, ainda não existe uma legislação específica que regule o uso de reconhecimento facial (FRT) para fins de segurança pública. No entanto, diversos projetos de lei estão em tramitação, tanto em nível federal quanto estadual, refletindo posições tanto a favor quanto contra a utilização dessa tecnologia pelo poder público. Um desses projetos é o Projeto de Lei 3069/22, em discussão na Câmara dos Deputados, que busca regulamentar o uso da FRT por forças de segurança.

O projeto define o reconhecimento facial como um "procedimento biométrico automatizado com fim de identificação humana, realizado a partir da captura de uma imagem facial". O deputado Gonzaga, autor da proposta, enfatiza que a FRT não deve ser usada como única base para ações de segurança, para evitar erros graves de identificação. Ele defende que a tecnologia, apesar de útil, deve ser acompanhada por uma revisão humana ou

---

[57] ALEXANDRE, K. M. A. **A tecnologia de reconhecimento facial como meio de obtenção de prova no âmbito criminal**: uma análise à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

[58] ALEXANDRE, K. M. A. **A tecnologia de reconhecimento facial como meio de obtenção de prova no âmbito criminal**: uma análise à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023, p. 41.

por uma confirmação multibiométrica papiloscópica para garantir maior precisão[59].

Paralelamente, em nível estadual, a campanha #SaiDaMinhaCara tem dado origem a uma série de projetos de lei que visam proibir o uso de reconhecimento facial em espaços públicos. Um exemplo é o Projeto de Lei nº 5240/2021, no Estado do Rio de Janeiro, apresentado por vários parlamentares, como Dani Monteiro, Waldeck Carneiro e Flavio Serafini. Em São Paulo, há o Projeto de Lei nº 385/2022, proposto por Leci Brandão (PCdoB) e outros. Ambos os projetos se posicionam contra a adoção da tecnologia em qualquer situação e proíbem o poder público de utilizar, desenvolver ou contratar terceiros para o uso de FRT. As propostas também vedam o uso dessas tecnologias em áreas urbanas, rurais ou mistas, e impedem a instrução de entidades públicas ou privadas para aquisição ou desenvolvimento da tecnologia[60].

Enquanto o debate avança no Brasil, o cenário global oferece algumas referências. Na União Europeia, a regulamentação é rígida e a utilização de reconhecimento facial em espaços públicos é severamente restringida pelo GDPR, que prioriza a proteção de dados e privacidade dos cidadãos. Nos Estados Unidos, por sua vez, o tema também gera discussões intensas, levando à introdução do Facial Recognition Act, que propõe diretrizes para o uso dessa tecnologia por autoridades policiais. No Brasil, o debate ainda está em fases iniciais, com posições legislativas divergentes, apontando para a necessidade de uma regulação robusta que oriente o uso ético e responsável da FRT. O desafio central reside em equilibrar a segurança pública com a proteção dos direitos fundamentais, exigindo uma abordagem colaborativa que alie segurança e respeito aos valores democráticos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

[59] NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

[60] NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

A mineração de dados e a implementação de algoritmos na segurança pública, como o policiamento preditivo e o reconhecimento facial, revelam um dilema importante entre o avanço tecnológico e o risco de perpetuar vieses raciais históricos. Embora essas tecnologias tenham o potencial de otimizar a segurança pública, é crucial reconhecer que, sem a devida filtragem antirracista, elas podem reforçar práticas discriminatórias e agravar desigualdades sociais já existentes. Assim, a aplicação dessas ferramentas exige uma abordagem ética que considere tanto os benefícios quanto os riscos inerentes ao seu uso.

O policiamento preditivo, amplamente utilizado nos Estados Unidos, e a crescente adoção do reconhecimento facial em países como China e Reino Unido, ilustram como a tecnologia pode ser empregada para antecipar ações criminosas. No entanto, estudos revelam que essas práticas podem inadvertidamente criminalizar determinadas comunidades, especialmente as racializadas, ao basear suas previsões em dados históricos carregados de preconceitos. No contexto brasileiro, onde o racismo estrutural é uma realidade persistente, é imperativo que a implementação dessas tecnologias seja acompanhada de políticas de filtragem antirracista rigorosas, a fim de evitar a reprodução de injustiças sistêmicas.

A transparência e a equidade são pilares fundamentais para garantir que as decisões baseadas em IA na segurança pública sejam justas e imparciais. A falta de regulamentação adequada, como evidenciado no debate sobre o uso de reconhecimento facial no metrô de São Paulo, levanta preocupações sobre a violação de direitos civis e a perpetuação de estigmas raciais. Para que o uso de IA seja legítimo e eficiente, é necessário um marco regulatório claro que assegure que essas tecnologias sejam empregadas de maneira ética, protegendo a privacidade e os direitos dos cidadãos, especialmente daqueles historicamente marginalizados.

Por fim, o desafio da filtragem antirracista não é apenas técnico, mas também social e político. Requer o envolvimento de especialistas em direitos humanos, tecnologia e segurança pública, além da implementação de mecanismos de auditoria e monitoramento contínuo. Somente assim será possível assegurar que o avanço tecnológico contribua para uma segurança

pública mais equitativa e inclusiva, respeitando os princípios fundamentais de justiça e direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, K. M. A. **A tecnologia de reconhecimento facial como meio de obtenção de prova no âmbito criminal**: uma análise à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Editora Jandaíra, 2021.

ALURA. **Ética e Inteligência Artificial**: qual a relação e os desafios? Disponível em: https://www.alura.com.br/artigos/etica-e-inteligencia-artificial. Acesso em: 13 ago. 2024**.**

AMARAL, Thiago Bottino do; VARGAS, Daniel; PRATES, Fernanda (Coords). **Segurança pública na era do big data:** Mapeamento e diagnóstico da implementação de novas tecnologias no combate à criminalidade. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Ministério entrega aos estados primeiras ferramentas de big data e inteligência artificial para combater a criminalidade.** 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1566331890.72. Acesso em: 10 ago. 2024.

CAI, Y.; LI, D.; WANG, Y. Intelligent crime prevention and control big data analysis system based on imaging and capsule network model. **Neural processing letters**, v. 53, n. 4, 2021.

COLDREN, J. R.; HUNTOON, A.; MEDARIS, M. Introducing smart policing: foundations, principles and practice. ***In:*** **Police quarterly**, v. 16, n. 3, p. 275-286, set. 2013**.**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. **Cercamento eletrônico e videomonitoramento reforçam segurança pública em 36 municípios.** Porto Alegre, 2019. Disponível em: https://estado.rs.gov.br/cercamento-eletronico-e-videomonitoramento-reforcam-segurancapublica-em-36-municipios. Acesso em: 10 ago. 2024**.**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Segurança Pública. **Conheça o SIM**. Porto Alegre, 2023. Disponível em: https://www.ssp.rs.gov.br/sim. Acesso em: 10 ago. 2024**.**

FREITAS, C. M. de. A atuação da Polícia Militar do Paraná frente à proteção da mulher em face da violência doméstica mediante o uso da inteligência artificial. ***In:*** **Brazilian journal of development**, v. 9, n. 9, p. 26924–26953, 22 set. 2023**.**

GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. **Big data:** desafios à tutela a pessoa humana na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MADEIRA, Z.; GOMES, D. D. de O. Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo. ***In:*** **Serviço Social & Sociedade,** n. 133, p. 463-479, dez. 2018.

MANNING, Peter. As tecnologias de informação e a polícia. ***In:*** TONRY, Michael; MORRIS, Norval, Org(s). **Policiamento moderno.** São Paulo: Editorada Universidade de São Paulo, 2003.

NABESHIMA, Yuri. Uso do reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Conjur,** 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jan-06/uso-do-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 15 ago. 2024.

NAKASHIMA, M. Desvendando o potencial e os desafios da inteligência artificial na Polícia Militar do Paraná: estratégias para predição e prevenção de crimes. ***In:*** **Revista ibero-americana de humanidades**, **ciências e educação,** São Paulo, v. 10, n. 01, jan. 2024.

NASCIMENTO, P. V.; RIBEIRO, M. A sociedade do controle digital e a segurança pública brasileira. ***In:*** **Direito UNIFACS:** debate virtual, n. 277, 30 jun. 2023.

POLÍCIA usou “robô-bomba” para matar atirador de Dallas. ***In:*** **G1.com,** 2016. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/suspeito-de-ataque-em-dallas-diz-que-queria-matar-gente-branca.html. Acesso em: 10 ago. 2024**.**

PROGRAMARIA. **Algoritmos de inteligência artificial (IA) e vieses**: uma reflexão sobre ética e justiça. Disponível em: https://www.programaria.org/algoritmos-de-inteligencia-artificial-e-vieses-uma-reflexao-sobre-etica-e-justica/. Acesso em: 13 ago. 2024**.**

PSICOTER. **Dependência tecnológica**: impactos e consequências. Disponível em: https://psicoter.com.br/dependencia-tecnologica/. Acesso em: 13 ago. 2024**.**

RUMMENS, A.; HARDYNS, W.; PAUWELS, L. The use of predictive analysis in spatiotemporal crime forecasting: building and testing a model in an urban context. ***In:*** **Applied geography**, v. 86, p. 255–261, set. 2017**.**

SANTOS, R. F. dos. Inteligência artificial e segurança pública: desafios e oportunidades. ***In:*** **Revista brasileira de segurança pública**, v. 13, n. 1, p. 80-101, 2019**.**

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** São Paulo: Edipro, 2018.

SEMELER, A. R.; PINTO, A. L. Os diferentes conceitos de dados de pesquisa na abordagem da biblioteconomia de dados. ***In:*** **Ciência da informação**, v. 48, n. 1, 2014.

SERBENA, C. A. Interfaces atuais entre a e-justiça e a q-justiça no Brasil. ***In:*** **Revista de sociologia e política**, v. 21, n. 45, p. 47–56, mar. 2013.

SILVA, V. J.; BONACELLI, M. B. M.; PACHECO, C. A. O sistema tecnológico digital: inteligência artificial, computação em nuvem e big data. ***In:*** **Revista brasileira de inovação**, v. 19, p. e0200024–e0200024, 28 dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA**.** Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Regulamento geral sobre a proteção de dados (GDPR). ***In:*** **Jornal oficial da União Europeia**, L 119, p. 1-88, 2016.

URUPÁ, Marcos. Diretriz da Europa pretende proibir reconhecimento facial na segurança pública. ***In:*** **Teletime,** 2022. Disponível em: https://teletime.com.br/19/05/2022/diretriz-da-europa-pretende-proibir-reconhecimento-facial-na-seguranca-publica/. Acesso em: 20 ago. 2024.

WEISBURD, D. The law of crime concentration and the criminology of place. ***In:*** **Criminology**, v. 53, n. 2, p. 133-157, maio 2015**.**

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. 2. ed., Florianópolis: Emais. 2021.

ZUBOFF, S. Big brother: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. ***In:*** BRUNO, F. et al. (Orgs.). **Tecnologias da vigilância**: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018.

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

EVOLUTION OF WOMEN'S RIGHTS

Hildemar Meneguzzi de Carvalho[1]

Resumo: Realizado através de pesquisa bibliográfica, o presente trabalho visa trazer ao leitor um recorte histórico da luta sobre os direitos femininos desde os seus primórdios até os dias atuais. Ao contrário do que se propaga historicamente, a mulher não foi sempre considerada mera propriedade masculina. Apenas depois da implantação do patriarcado, cujo processo de "enraizamento" levou cerca de 2.500 anos, é que as mulheres passaram a ser vistas como propriedade, integrando o rol de bens pertencentes ao representante masculino, primeiro o pai, depois o marido. No Brasil, a visão patriarcal que considera a mulher como propriedade do homem continua se refletindo na sociedade; mostra disso é o grande número de feminicídios e casos de violência perpetrados todos os dias. Revisitando a história, temos que a Constituição Política do Império de 1824 trouxe a garantia da nacionalidade brasileira para filhos ilegítimos de mãe brasileira nascidos em país estrangeiro que viessem a estabelecer domicílio no Império. Apesar de ínfimo, esse foi um direito de grande relevância para as mulheres, haja vista que a proteção estatal para elas era quase inexistente. Somente em 1932 houve a possibilidade do voto feminino, com limitações. Em 1946 a mulher poderia ser votada, e o voto feminino tronou-se obrigatório apenas em 1965. Do Estatuto da mulher casada de 1962 à Lei Maria da Penha publicada em 2006, alguns avanços legislativos ocorreram, mas não sem muita luta e sofrimento; e nem sempre o que estava escrito na lei era de fato aplicado. Da Lei Maria da Penha à Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça, que tornou cogente a norma de julgamento sob a perspectiva de gênero, mais avanços ocorreram, mas nenhum deles foi fácil, pois a resistência ao reconhecimento da dignidade feminina e ao direito à equidade ainda é uma constante na sociedade hodierna.

Palavras-chave: direitos das mulheres; Lei Maria da Penha; perspectiva de gênero.

Abstract: Carried out through bibliographical research, this paper aims to provide the reader with a historical overview of the struggle for women's rights from its beginnings tothe present day. Contrary to historical propaganda, women have not always been considered mere male property. It was only after the establishment of patriarchy, which took around 2,500 years to take root, that women came to be seen as property, part of the list of assets belonging to the male representative, first the father, then the husband. In Brazil, the patriarchal view of women as men's property continues to be reflected in society, as evidenced by the large number of femicides and cases of violence perpetrated

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1985). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2008). Graduada em Psicologia pela Associação Catarinense de Ensino - Faculdade Guilherme Guímbala (2013).Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali (2016). Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: hmc3772@tjsc.jus.br.

every day. Revisiting history, we have the Political Constitution of the Empire of 1824, which guaranteed Brazilian nationality to illegitimate children of Brazilian mothers born in foreign countries who came to establish their domicile in the Empire. Although this was a very small measure, it was a very important right for women, given that state protection for them was almost non-existent. It was only in 1932 that women were allowed to vote, with limitations. In 1946, women could vote and women's suffrage only became compulsory in 1965. From the Married Women's Statute of 1962 to the Maria da Penha Law published in 2006, some legislative progress was made, but not without a lot of struggle and suffering, and what was written in the law was not always actually applied. From the Maria da Penha Law to Resolution 492/2023 of the National.

Keywords: women's rights; Maria da Penha Law; gender perspective.

INTRODUÇÃO

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, compilado na Resolução nº 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi organizado por um grupo de trabalho, criado após a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em setembro de 2021, no caso “Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil".

Naquela sentença foram incluídas uma série de medidas de reparação integral, inclusive a exigência de implementação de um protocolo nacional para investigação de feminicídios.

Instituído como norma cogente, a dita Resolução veio trazer, não só aos julgadores, mas a todos os atores da área jurídica, a necessidade de utilização das lentes de gênero como forma de buscar a garantia de atuação com igualdade, reconhecendo as vulnerabilidades que atingiram as mulheres ao longo de toda história.

Neste artigo, no primeiro capítulo, faremos uma recapitulação histórica dos marcos regulatórios legais que foram, de forma extremamente lenta e gradativa, instituindo direitos à parcela feminina do povo brasileiro.

No segundo capítulo reunimos decisões emitidas pelos Tribunais, analisando seus números e buscando reportar sobre quais assuntos versam, é um recorte inicial com vistas a oferecer um primeiro olhar sobre as decisões com perspectiva de gênero, sem pretensão de exaurir a questão.

Ao contrário do que se propaga historicamente, a mulher não foi sempre considerada mera propriedade masculina.

> Nas pesquisas mais recentes, vemos que esse papel limitado da mulher não passou de uma grosseira reprodução dos valores patriarcais que dominavam as ciências que fundamentam o conhecimento pré-histórico. Já antes da descoberta da agricultura, temos vestígios de que as mulheres tinham um papel ativo no processamento da caça. Vestígios analisados mostram que as mulheres auxiliavam no corte das carnes e no deslocamento dos animais que eram mortos com fins alimentares[2].

Apenas depois da implantação do patriarcado, cujo processo de 'enraizamento' levou cerca de 2500 anos, é que as mulheres passaram a ser vistas como propriedade, integrando o rol de bens pertencentes ao representante masculino, primeiro o pai, depois o marido[3].

No Brasil a visão patriarcal que considera a mulher como propriedade do homem, continua se refletindo na sociedade, mostra disso é o grande número de feminicídios e casos de violência perpetrados todos os dias.

Revisitando a história, temos que a Constituição Política do Império de 1824,que foi a mais duradoura das constituições brasileiras, tendo vigorado por 65 anos, trouxe como inovação no seu Artigo 6º, inciso II, a garantia de que filhos ilegítimos de mãe brasileira tivessem direito à cidadania. Apesar de ínfimo, esse direito foi de grande importância para as mulheres, considerando-se que à época a proteção legal a elas direcionada era praticamente inexistente"[4].

É notório que não se conquista direitos sem acesso ao conhecimento, as mulheres não tinham direito de frequentar o ensino formal no Brasil Império, a elas deveriam ser ensinadas as prendas domésticas, a submissão à igreja e ao marido, pois em todas as esferas prevalecia unicamente a vontade masculina.

---

[2] SOUSA, Rainer Gonçalves. **O cotidiano da mulher na Pré-História.** Disponível em: ttps://brasilescola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm. Acesso em: 21 jun. 2024, p. 1.

[3] Lerner, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens.** 1. ed. Cultrix, 2019, p. 29.

[4] RAMALHO, Rossana Luiza de Lemos; BERQUÓ, Laura Taddei Alves Pereira Pinto. **A mulher nas constituições brasileiras: estudo histórico das árduas conquistas femininas nas constituições do Brasil.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 7, Ed. 12, Vol. 7, pp. 125-147. Dezembro de 2022. ISSN: 2448-0959. Disponível em:https:// www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 22 jun. 2024, p. 128.

Apenas em 1879 o governo imperial permitiu a entrada feminina nas faculdades; tal acesso era condicionado, porém, haja vista que, as candidatas solteiras deveriam apresentar licença de seus pais; já as casadas, o consentimento por escrito de seus maridos[5].

Considera-se um marco histórico do movimento pelos direitos femininos a década de 70, no Brasil, mas já em 1910, foi criado o primeiro partido feminista por Leolinda de Figueiredo Daltro, cujo objetivo era mobilizar as mulheres na luta pelo direito a voto[6].

No Código Civil de 1916, “a mulher era considerada incapaz e ao homem era atribuído o papel de chefe de família”, ela precisava pedir autorização para trabalhar, receber herança e para ajuizar ações[7].

Apenas em 1932, Leolinda e as demais mulheres puderam ver sua aspiração concretizada, com a introdução da possibilidade do voto feminino nas linhas constitucionais, porém com limitações, haja vista que havia necessidade de comprovação de renda e escolaridade[8.]

A Constituição Federal estabeleceu o direito de a mulher votar e ser votada em 1946, mas somente em 1965 o voto feminino tornou-se obrigatório.

Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) trouxe alguma proteção ao trabalho da mulher.

> Apesar disso, o anteprojeto da CLT, publicado em janeiro de 1943, manteve a proibição do trabalho noturno da mulher, com exceção de alguns ofícios já exercidos por mulheres (porque os homens não os queriam): as telefonistas, as enfermeiras, as atendentes em bares e restaurantes[9].

Em agosto de 1962 foi aprovada a Lei nº 14.121, conhecida como ‘Estatuto da Mulher Casada’, após intenso conflito político, pois o projeto

---

[5] FERNANDES, Wender. **Linha do tempo: direitos das mulheres na legislação brasileira.**Disponível em: https:// www.jusbrasil.com.br/artigos/linha-do-tempo-direitos-das-mulheres-na- legislacao-brasileira/1776438470. Acesso em: 21 jun.2024, p. 2.

[6] FERNANDES, Wender. **Linha do tempo: direitos das mulheres na legislação brasileira.** Disponível em: https:// www.jusbrasil.com.br/artigos/linha-do-tempo-direitos-das-mulheres-na-legislacao-brasileira/1776438470. Acesso em: 21 jun.2024, p. 2.

[7] Ibd., p. 2.

[8] CUNHA, Lais Navarro da. **A conquista do voto feminino no Brasil.** Disponível em:https:// www.unifal-mg.edu.br/portal/2024/02/23/a-conquista-do-voto-feminino- no-brasil/Acesso em: 22 jun. 2024, p. 1.

[9] MARQUES, Tereza Cristina N. **A regulação do trabalho feminino em um sistema político masculino: Brasil:** 1932- 1934. Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol. 29, n. 59, p. 667-686, setembro-dezembro-2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/eh/a/nC7nYwNgQRRSJ9c65byvvRx/?lang=pt&format=pdf Acesso em: 4 set. 2024, p. 677.

tramitava desde1952, e o dispositivo legal trouxe como pontos positivos, que a mulher não precisava mais de autorização para trabalhar fora, receber herança, comprar ouvender imóvel e até mesmo viajar. “No entanto, o homem manteve a responsabilidade exclusiva de administrar os bens comuns”[10].

Os anos de 1960 e 1970, como dito alhures, são considerados marcos históricos dos movimentos feministas no Brasil, também conhecidos como ‘segunda onda’, mas veja-se que as conquistas foram lentas.

Apenas em 1974, foi dado às mulheres o direito de utilizarem cartão de crédito, sem que fossem discriminadas com base no gênero ou no estado civil[11].

O dia 8 de março de 1975 foi escolhido para ser comemorado o Dia Internacional da Mulher, pela ONU - Organização das Nações Unidas. Entretanto só foi adotado oficialmente no Brasil a partir de 1977.

> O oito de março não nasceu de um evento específico, e sim de um conjunto de movimentos no final do século 19 e começo do século 20 contra as péssimas condições de trabalho às quais as trabalhadoras eram submetidas. “As mulheres tinham que trabalhar 16 horas por dia durante seis dias na semana”[12].

A Lei do Divórcio foi aprovada em 1977, garantindo que, legalmente, as mulheres não precisariam mais ficar presas a relações falidas. Entretanto, pressões sociais ainda as fazia optarem por casamentos infelizes e relações abusivas[13].

No ano de 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ou Convenção da Mulher:

> É o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos das mulheres. São duas as frentes propostas:

---

[10] MARQUES, Teresa Cristina N. MELO, Hildete P. de. **Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962: ou como são feitas as leis.** Estudos Feministas, Florianópolis, 16(2): 463-488, maio-agosto/2008.Disponível em: https:// www.scielo.br/j/ref/a/mkBHYrM8HVHMbwHsYTDmzKz/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 4 de set. 2024, p. 477.

[11]FERNANDES, Wender. **Linha do tempo: direitos das mulheres na legislação brasileira.**Disponível em: https:// www.jusbrasil.com.br/artigos/linha-do-tempo-direitos-das-mulheres-na- legislacao-brasileira/1776438470. Acesso em: 21 jun.2024, p. 3.

[12]ALMEIDA, Fernanda de. **Dia internacional da mulher: histórias por trás do 8 de março.** Disponível em https://forbes.com.br/forbes-mulher/2024/03/dia-internacional-da-mulher-conheca-as-historias-por-tras-do-8-de-marco/.Acesso em: 4 set. 2024, p. 1.

[13]**BRASIL**, Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: https:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 31 jun. 2024.

> promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte[14].

No entanto, o Brasil tornou-se signatário apenas em 1984, com ressalvas.

> O Estado brasileiro ratificou a Convenção da Mulher em 1984. Ao fazê-lo, o Brasil formulou reservas aos artigos 15, parágrafo 4º, e artigo 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h), e artigo 29. As reservasaos artigos 15 e 16, retiradas em 1994, foram feitas devido à incompatibilidade entre a legislação brasileira, então pautada pela assimetria entre os direitos do homem e da mulher. A reserva ao artigo 29, que não se refere a direitos substantivos, é relativa a disputas entreEstados parte quanto à interpretação da Convenção e continua vigorando. Quanto ao Protocolo Adicional à Convenção, o Brasil se tornou parte em 2002[15].

A Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher (DEAM) foi implantada em São Paulo, no ano de 1985 e, logo depois, outras unidades começaram a ser implantadas em outros estados buscando garantir atendimento especializado às mulheres vítimas de violência[16].

No ano de 1988, com a promulgação da chamada 'Constituição Cidadã', é que as mulheres passaram a ser vistas pela legislação brasileira com direitos iguais aos homens; evidentemente que isso demandou muita luta e desafios.

Foi em 1990, com a Lei nº 8069/1990 que o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu a igualdade de condições do pai e da mãe no exercício da guarda e responsabilidade em relação aos filhos comuns[17].

Somente em 2002, a 'falta da virgindade' deixou de ser motivo para anular o casamento; anteriormente, o Código Civil de 1916 previa que era motivo de anulação do casamento 'o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge' e 'o defloramento da mulher, ignorado pelo marido'[18].

---

[14]CARDOSO, Luciane Torres Santiago. **Direitos humanos da mulher. Revista Eletrônica OAB/RJ.** Edições Temáticas. Disponível em: https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Direitos-Humanos-da-mulher.pdf. Acesso em: 21 jun. 2024, p. 2.
[15]PIMENTEl, Silvia. **Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW.** Disponível em: https:// www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/o%20que%20e%20CEDAW.pdf. Acesso em: 22 jun. 2024, p. 2.
[16]BREDER, Robert**. A importância das delegacias de mulheres no combate à violência doméstica.** Disponível em: https:// www.jusbrasil.com.br/artigos/a- importancia-das-delegacias-de-mulheres-no-combate-a-violencia-domestica/592985096. Acesso em: 16 jun. 2024, p. 1.
[17]**LEI Nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 jun. 2024
[18]**LEI nº 3.071/1916.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso: 10 ago. 2024.

A Lei Maria da Penha foi sancionada em 2006, após a farmacêutica que deu seu nome à lei, ter obtido uma condenação contra o Estado Brasileiro, emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA) no ano de 2001, vítima de duas tentativas de homicídio, ocorridas em 1983; a primeira vez com arma de fogo, o que lhe causou uma paraplegia irreversível, já na segunda vez por eletrocussão e afogamento. “Havia 18 anos que o caso tramitava na Justiça brasileira sem sentença definitiva, e o agressor seguia em liberdade, situação que só mudaria após os desdobramentos da condenação pela corte interamericana”[19].

A Lei do Feminicídio, foi publicada no dia 9 de março de 2015, momento em que a Constituição Federal reconheceu a partir da Lei nº 13.104/2015 o feminicídio como um crime de homicídio qualificado[20].

O ano de 2018 trouxe conquistas importantes, houve a criminalização da Importunação Sexual (Lei nº 13.718/ 2018); o Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 5.617/ 2018, garantiu financiamento eleitoral de candidaturas femininas; e houve a inclusão do art. 18-A, no CPP, que garante prisão domiciliar a mãe/gestante responsável por crianças ou pessoas com deficiência[21].

Proteção constitucional à maternidade, proibindo trabalho em ambiente insalubre, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2019[22].

No ano de 2021 foi promulgada a Lei nº 14.192/ 2021, visando combater a violência política de gênero contra as mulheres nas eleições; no mesmo ano entrou em vigor a Lei nº 14.132/ 2021, “Lei do Stalking’, que visa punir a perseguição e a perturbação e ainda a Lei ‘Mariana Ferrer’, que protege vítima de crimes sexuais em audiências[23].

---

[19]TAVARES, L. A.; CAMPOS, C. H. de. 2018**. A convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”, e a Lei Maria da Penha. Interfaces Científicas - Humanas e Sociais,** Disponível em: https://doi.org/10.17564/2316-3801.2018v6n3p9-18. Acesso em: 16 jun. 2024, p. 06-18

[20]**LEI Nº 13.104/2015.** Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htmAcesso em: 17 jun. 2024.

[21]**LEI Nº 13.718/2018.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

[22]**Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617 Distrito Federal.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=74835410 1. Acesso em: 25 jun. 2024.

[23]COVALCHUK, G. C.; PINTO Vieira, L. B.; MORITZ Alfonzo, N. **Lei Maria Ferrer: a violência que vai além do estupro.** Revista direito e sexualidade, Salvador, v. 4, n. 2, p. 18–33, 2023. DOI: 10.9771/rds.v4i2.53663. Disponível em:

A Inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra, em feminicídios, foi declarada inconstitucional pelo STF, apenas em 2022, por unanimidade[24].

Lei nº 14.443/ 2022, alterou a Lei do Planejamento Familiar, permitindo a realização de laqueadura sem autorização do marido, diminuindo de 25 para 21 anos a idade mínima para a esterilização voluntária, permitindo que seja feita logo após o parto, definindo ainda, que na hipótese de a mulher já possuir 2 (dois) filhos vivos é dispensada de ter atingido a idade mínima[25].

O ano de 2023, trouxe importantes avanços; o funcionamento ininterrupto de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher[26], prioridade no atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar pelo Sistema Nacional de Emprego (Sine)[27].

Ainda em 2023, a Lei nº14.674/2023[28], passou a prever a concessão de auxílio-aluguel a mulheres vítimas de violência doméstica, incluindo-a no rol das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Mesmo ano em que a Lei nº 14.786/2023[29] cria o protocolo “Não é Não”, para prevenção ao constrangimento e à violência contra a mulher e para proteção à vítima.

Em 23/05/2024, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu estabelecer punições para autoridades que questionem a vida sexual pregressa ou tentem desqualificar as vítimas de violência sexual em investigações e ações envolvendo crimes de violência contra a mulher. A decisão se estende não só aos crimes sexuais, mas também a casos da Lei Maria da Penha e de violênciapolítica de gênero[30].

---

https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/53663. Acesso em: 3 jul. 2024, p.20

[24] **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 Distrito Federal.** Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755906373. Acesso em: 3 jul. 2024.

[25] **LEI Nº 14.443/2022.** Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14443.htm Acesso em: 2 jul. 2024.

[26] **LEI Nº 14.541.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14541.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.541%2C%20DE%203,Art. Acesso em: 2 jul. 2024.

[27] **LEI Nº 14.542/2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14542.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

[28] **LEI Nº 14.674/2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14674.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

[29] **LEI Nº 14.786/2023.** Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14786.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

[30] **ADPF 1107 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%201107%22

A Resolução nº 492/2023 do CNJ estabeleceu as diretrizes para o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero cuja aplicação é obrigatória para todos os Tribunais do país. O documento define a obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, em matérias relacionadas a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva[31].

2 DECISÕES DOS TRIBUNAIS APÓS A RESOLUÇÃO N. 492/2023 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: BANCO DE SENTENÇAS

Tal resolução do CNJ, estabeleceu diretrizes para a adoção do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero tendo como principais fundamentos normativos a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos.

> O Poder Judiciário é constitucionalmente responsável pela interpretação e aplicação das regras e dos princípios jurídicos. É chamado para a resolução de conflitos sociais, conferindo, nos casos concretos, significado às normas jurídicas. A jurisprudência é importante fonte do Direito, porque consolida interpretações de questões fáticas e jurídicas, o que permite a constante evolução do Direito para atender as constantes mudanças na realidade social. Os Tribunais têm o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (artigo 926 do Código de Processo Civil). Também os Tribunais estabelecem precedentes que orientam futuras decisões judiciais e contribuem para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, ao assegurar tanto a igualdade de tratamentos quanto a segurança na aplicação do Direito[32].

No que se refere ao direito positivado, o julgamento com perspectiva de gênero observa importantes pressupostos constitucionais e convencionais. Os princípios fundantes da República Federativa do Brasil foram inseridos no Título I da Constituição Federal de 1988, com destaque à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho (art. 1°, III e IV); ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação nosso ordenamento jurídico (art. 3°, I,

---

&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1∓pageSie=10∓sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 8 jul. 2024.

[31] **Resolução CNJ Nº 492/2023.** Disponível em: Disponível em:https://atos.cnj.jus.br/files/original144414202303206418713e177b3.pdf .Acesso em: 11 set. 2024.

[32] CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito das Famílias com Perspectiva de Gênero** - 1ª Ed - 2024 (Portuguese Edition). Editora Foco. Edição do Kindle, p. 169.

III e IV); além da prevalência dos direitos humanos (art. 4°, II). Em consonância com essas premissas, o rol de direitos individuais e coletivos não se encerra no texto constitucional, abrangendo também os tratados internacionais, seja com força supralegal (art. 5°, §2°), seja com força constitucional (art. 5°, § 3°)[33].

A "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, incorporada pelo Brasil através do Decreto nº 4.377/2002", é o tratado de direitos humanos ao qual deve-se dar maior ênfase nos julgamentos envolvendo as questões de gênero[34].

No que concerne aos julgamentos efetuados pelos Tribunais de Justiça brasileiros utilizando expressamente o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, o Conselho Nacional de Justiça lançou um "Banco de Sentenças", onde é possível encontrar decisões de todos os tribunais estaduais e federais, sendo que até o momento (primeira semana de setembro de 2024) foram divulgadas 3.036 decisões. Sendo 1.903 emitidas pela Justiça Estadual de todos os Estados da Federação, 390 pelos Tribunais do Trabalho, 142 pela Justiça Federal ,187 pela justiça eleitoral e 24 pela justiça militar[35].

Relativamente aos Tribunais de Justiça com atuação em primeiro grau, analisando as decisões por área, verifica-se o Direito Penal com 1345 decisões, dessas, 387 são de lesão corporal em decorrência de violência doméstica contra a mulher, 189 referem-se a outras formas de violência contra a mulher; 171 são de lesões corporais em âmbito familiar, 168 são referentes a crimes de ameaça contra a liberdade pessoal, 67 referem-se a estupro de vulnerável, 15 são de crimes contra a vida, 67 aparecem como descumprimento de Medida Protetiva de Urgência; são relatadas, também, decisões relativas à perseguição, violência

---

[33] MAEDA, Patrícia. **A Resolução n. 492, do CNJ, e a perspectiva de gênero como garantia de realização de direitos humanos.** Rev. Trib. Trab. 2. Reg.,São Paulo, v. 15, n. 30, p. 274-280, jul./dez. 2023. Disponível em: https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/15941/maeda_patricia_resolucao_492_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 jul. 2024, p. 274.

[34] MAEDA, Patrícia. **A Resolução n. 492, do CNJ, e a perspectiva de gênero como garantia de realização de direitos humanos.** Rev. Trib. Trab. 2. Reg.,São Paulo, v. 15, n. 30, p. 274-280, jul./dez. 2023. Disponível em: https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/15941/maeda_patricia_resolucao_492_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 3 jul. 2024, p. 275.

[35] Conselho Nacional de Justiça. **Banco de sentenças.** Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb-8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel. Acesso em: 11 set. 2024.

psicológica contra a mulher, abandono de incapaz, entre outros[36].

Na área civil, 379 decisões aparecem no Banco de Sentenças do CNJ, dessas 205 são relacionadas a violência doméstica contra a mulher, 15 são sobre alimentos; verifica-se ainda temas como direitos de personalidade, indenização por dano moral, erro médico, partilha de bens, reconhecimento e dissolução de união estável, entre outros[37].

Outras áreas do Direito destacadas nas decisões dos Tribunais Estaduais de Justiça, são: direito do consumidor, direito do trabalho, direito da criança e adolescente, direito racial, etc.

Nos Tribunais de Justiça do Trabalho das 377 decisões proferidas em destaque, 99 tem como assunto principal assédio sexual, 52 são de assédio moral, 25 são sobre readmissão ou indenização de mulheres gestantes por dispensa indevida, 20 sobre dispensa discriminatória; pode-se encontrar, também, assuntos como, Lei Maria da Penha, afastamento de gestante, direitostrabalhistas coletivos, condições degradantes e outros[38].

Quanto às decisões compiladas da Justiça Federal, das 145 destacadas, 95 são da área de direito previdenciário, as demais tratam de direito administrativo, tributário e tráfico de pessoas, etc.

No quadro da Justiça Eleitoral, de um total de 189 decisões, 59 julgados versam sobre prestação de contas de partidos políticos ou candidatas, 34 sobre percentual de gênero, os demais assuntos são, violência política contra a mulher candidata, propaganda política, fraudes em candidaturas de gênero, entre outros[39].

O Superior Tribunal de Justiça – STJ – dispõe de uma compilação de decisões sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero, no repositório ‘Jurisprudência em Teses’, já foram divulgadas 4 edições desde 24 de março de 2023, são as edições de números 209, 210, 211 e 231, onde pode-se encontrar cerca de 50 acórdãos, versando principalmente sobre violência doméstica, medidas protetivas, Lei Maria da Penha e feminicídio, e, também, condição

[36] Ibidem.
[37] Ibid.
[38] Conselho Nacional de Justiça. **Banco de sentenças.** Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4c1f-b3bb-8a51e4268a58&sheet=03bb002c-6256-4b1d-9c93-a421f1bf8833&theme=horizon&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel. Acesso em: 11 set. 2024.
[39] Ibid.

rurícola da mulher para fins de aposentadoria, aptidão física, peculiaridades de gênero para promoção de militares, prisão domiciliar da mulher, etc[40].

No sítio do Supremo Tribunal Federal, ao digitar-se 'julgamento com perspectiva de gênero' no repertório de jurisprudências, foram encontradas 303 decisões monocráticas, 27 acórdãos, sendo 4 de repercussão geral e 6 informativos. Necessário salientar que o STF tem feito diversos julgamentos nos quais o viés de gênero foi considerado e que se tornaram decisões paradigmas, mesmo antes do advento da Resolução 492 do CNJ[41].

> O Protocolo de Julgamento com Perspectiva de Gênero, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ilumina o ordenamento jurídico brasileiro com os vetores hermenêuticos que possibilitam o enfrentamento da desigualdade estrutural de gênero por parte do Poder Judiciário, destacando a sua especial relevância ao âmbito do Direito das Famílias.38 Isto porque as desigualdades históricas e vulnerabilidades, em razão do gênero, presentes na sociedade brasileira, se projetam para as relações familiares[42].

Assim, "cabe, pois, ao Poder Judiciário prevenir e combater as discriminações e avaliações baseadas em estereótipos misóginos, sexistas e machistas, que estruturam a sociedade patriarcal, contribuem para injustiças sociais e causam de violações dos direitos humanos das mulheres"[43].

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa acima, verifica-se que a legislação e a mudança de paradigmas no que concerne à proteção legal dos direitos das mulheres teve uma evolução lenta e algumas quebras de paradigma só ocorreram mediante intensa luta e muito sofrimento da parte delas.

A análise dos marcos legais que norteiam as decisões no Brasil, deixa claro que algumas mudanças mais significativas só foram implantadas após o Estado brasileiro ser compelido pela Corte Interamericana, como foi o caso da Lei Maria da Penha e a criação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva

---

[40] STJ. Jurisprudência em Teses. Edições 209, 210, 211 e 231. **Julgamento com perspectiva de gênero**. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp. Acesso em: 6 jul. 2024.
[41] STF. Jurisprudência. **Julgamento com perspectiva de gênero.** Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=julgamento%20com%20perspectiva%20de%20genero&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 12 set. 2024.
[42] CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito das Famílias com Perspectiva de Gênero** - 1ª Ed - 2024 (Portuguese Edition). Editora Foco. Edição do Kindle, p. 184.
[43] Ibidem, p. 185.

de Gênero, após o caso Márcia Barboza.

Mesmo as mudanças ocorridas na Constituição Federal de 1988, no que concerne aos direitos humanos das mulheres, só ocorreram devido ao movimento feminino conhecido como ‘o lobby do batom’, entre outros movimentos feministas importantes.

Talvez o ponto de mais difícil aplicação, e que requer muito treinamento e tomada de consciência, seja a aplicação e interpretação do direito utilizando-se, inclusive, dos marcos legais nacionais e internacionais no combate, não só a discriminação de gênero, mas também no que se refere a etnia, religião ou outro que afete a vida dos grupos ditos minoritários.

As decisões dos tribunais refletem as características que moldam a sociedade como um todo; por isso, muitas vezes, aparecem decisões que refletem posições patriarcais, mas se nota o esforço para a mudança dos paradigmas, de modo que o comprometimento com a igualdade substantiva deve crescer à medida que todos os atores do sistema de justiça busquem a capacitação e sensibilização efetivas e passem a usar as lentes de gênero, não como falta de um comportamento isento, mas como forma de efetivação dos direitos humanos das mulheres, tão negligenciados ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

AÇÃO Direta de Inconstitucionalidade 5.617 Distrito Federal. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101. Acesso em: 25 jun. 2024.

ADPF 1107 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%201107%22. Acesso em: 8 jul. 2024.

ALMEIDA, Fernanda de. Dia internacional da mulher: histórias por trás do 8 de março. Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-mulher/2024/03/dia-internacional-da-mulher-conheca-as-historias-por-tras-do-8-de-marco/. Acesso em: 4 set. 2024.

BREDER, Robert. A importância das delegacias de mulheres no combate à violência doméstica. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-importancia-das-delegacias-de-mulheres-no-combate-a-violencia-domestica/592985096. Acesso em: 16 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 31 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 16 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 3.071/1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.104/2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.718/2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.443/2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14443.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.541/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14541.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.542/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14542.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.674/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14674.htm. Acesso em: 2 jul. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.786/2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14786.htm. Acesso em: 8 jul. 2024.

CARDOSO, Luciane Torres Santiago. Direitos humanos da mulher. Revista Eletrônica OAB/RJ. Edições Temáticas. Disponível em: https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Direitos-Humanos-da-mulher.pdf. Acesso em: 21 jun. 2024.

CONSELHO Nacional de Justiça. Banco de sentenças. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=f3bb4296-6c88-4b1d-b3bb-8a51e4268a58. Acesso em: 11 set. 2024.

COVALCHUK, G. C.; PINTO Vieira, L. B.; MORITZ Alfonzo, N. Lei Maria

Ferrer: a violência que vai além do estupro. Revista Direito e Sexualidade, Salvador, v. 4, n. 2, p. 18–33, 2023. DOI: 10.9771/rds.v4i2.53663. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/53663. Acesso em: 3 jul. 2024.

CUNHA, Lais Navarro da. A conquista do voto feminino no Brasil. Disponível em: https://www.unifal-mg.edu.br/portal/2024/02/23/a-conquista-do-voto-feminino-no-brasil/. Acesso em: 22 jun. 2024.

FERNANDES, Wender. Linha do tempo: direitos das mulheres na legislação brasileira. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/linha-do-tempo-direitos-das-mulheres-na-legislacao-brasileira/1776438470. Acesso em: 21 jun. 2024, p. 02.

LERNER, Gerda. A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens. 1. ed. Cultrix, 2019.

MAEDA, Patrícia. A Resolução n. 492, do CNJ, e a perspectiva de gênero como garantia de realização de direitos humanos. Revista Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região, São Paulo, v. 15, n. 30, p. 274–280, jul./dez. 2023. Disponível em: https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/15941/maeda_patricia_resolucao_492_cnj.pdf. Acesso em: 3 jul. 2024.

MARQUES, Teresa Cristina N.; MELO, Hildete P. de. Os direitos civis das mulheres casadas no Brasil entre 1916 e 1962: ou como são feitas as leis. Estudos Feministas, Florianópolis, 16(2): 463–488, maio-agosto/2008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/mkBHYrM8HVHMbwHsYTDmzKz/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 4 set. 2024.

MARQUES, Tereza Cristina N. A regulação do trabalho feminino em um sistema político masculino: Brasil: 1932–1934. Estudos Históricos. Rio de Janeiro, vol. 29, n. 59, p. 667–686, set.–dez. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/j/eh/a/nC7nYwNgQRRSJ9c65byvvRx/?lang=pt&format=pdf. Acesso em: 4 set. 2024.

PIMENTEL, Silvia. Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/onu-1/o%20que%20e%20CEDAW.pdf. Acesso em: 22 jun.

RAMALHO, Rossana Luiza de Lemos; BERQUÓ, Laura Taddei Alves Pereira Pinto. A mulher nas constituições brasileiras: estudo histórico das árduas conquistas femininas nas constituições do Brasil. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 7, Ed. 12, Vol. 7, pp. 125–147. Dez. 2022. ISSN: 2448-0959. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/constituicoes-brasileiras. Acesso em: 22 jun. 2024.

SOUSA, Rainer Gonçalves. O cotidiano da mulher na Pré-História. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historiag/o-cotidiano-mulher-na-pre-historia.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

STF. Jurisprudência. Julgamento com perspectiva de gênero. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos. Acesso em: 12 set. 2024.

STJ. Jurisprudência em Teses. Edições 209, 210, 211 e 231. Julgamento com perspectiva de gênero. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp. Acesso em: 6 jul. 2024.

TAVARES, L. A.; CAMPOS, C. H. de. A convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”, e a Lei Maria da Penha. Interfaces Científicas - Humanas e Sociais. Disponível em: https://doi.org/10.17564/2316-3801.2018v6n3p9-18. Acesso em: 16 jun. 2024.

O ACESSO À JUSTIÇA NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE INTERNO DE CONVENCIONALIDADE SOBRE O TEMA

ACCESS TO JUSTICE IN THE INTERPRETATION OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE IMPORTANCE OF CONVENTIONAL INTERNAL CONTROL ON THE SUBJECT

Ana Luisa Schmidt Ramos[1]
Jefferson Zanini[2]

Resumo: Pretende-se, com o artigo, analisar o entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) quanto ao direito de Acesso à Justiça. No seu desenvolvimento, examina-se o Acesso à Justiça como um direito humano internacional. Estuda-se o sistema constitucional de direitos fundamentais a partir da matriz teórica dos direitos humanos. Correlaciona-se os direitos fundamentais com o Estado de Direito. Investiga-se o caráter normativo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Examina-se o sistema de controle jurisdicional interno de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Identifica-se a competência da Corte IDH para interpretar a Convenção. Utilizou-se o método indutivo com pesquisa bibliográfica para o desenvolvimento do trabalho Foram realizados fichamentos a partir dos conceitos operacionais e da categorização..

Palavras-chave: acesso à justiça. direitos humanos; controle de convencionalidade; sistema interamericano de direitos humanos; corte interamericana de direitos humanos.

Abstract: The article aims to analyze the understanding adopted by the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH) regarding the right of Access to Justice. In its development, Access to Justice is examined as an international human right. The constitutional system of fundamental rights is studied from the theoretical framework of human rights. Fundamental rights are correlated with the Rule of Law. The normative character of the American Convention on Human Rights is investigated. The system of internal jurisdictional control of conventionality in the Inter-American System of Human Rights is examined. The competence of the Court IDH to interpret the Convention is identified. The inductive method with bibliographical research was used to develop the work. Indexes were made based on operational concepts and categorization.

Keywords: access to justice; human rights. conventionality control; inter-american human rights system; inter-american court of human rights.

[1] Juíza de Direito da comarca de Imaruí/SC. Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.
[2] Juiz de Direito da 3ª Turma de Recursos do Estado de Santa Catarina. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

INTRODUÇÃO[3]

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação n. 123, de 07/01/2022[4], recomendou "aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos"[5]. Tal instrumento inspirou o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, com a adoção de medidas voltadas à concretização dos direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário, dentre elas o fomento à capacitação ao controle de convencionalidade e à jurisprudência interamericana[6].

O Acesso à Justiça se situa entre os direitos humanos de segunda geração[7]. Insere-se dentre aqueles direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos dos movimentos reivindicatórios do século XIX, que vieram complementar os direitos de liberdade – de primeira geração – e que reclamam a ação positiva do Estado[8]. São, portanto, direitos a prestações, em que o indivíduo obtém algo por meio do Estado[9].

Na atualidade, como bem ressaltou Bruno Makowiecky Salles, prevalecem duas concepções do termo Acesso à Justiça. A primeira delas se identifica com a busca pela jurisdição para a resolução de conflitos, a declaração e a execução do direito. Já na segunda, a ideia de Acesso à Justiça é ampliada para conglobar a utilização do sistema judiciário à efetiva acessibilidade dos

---

[3] Parte deste artigo constou em RAMOS, Ana Luisa Schmidt; MORAIS DA ROSA, Alexandre. O meio ambiente e o sistema interamericano de direitos humanos: a importância do controle jurisdicional interno de convencionalidade em matéria ambiental. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIX, 2022, Balneário Camboriú, SC. **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 85-103. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/71l8vd8o/PetQqknr89r109W9.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

[4] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305 Acesso em: 19 ago. 2023.

[5] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-pacto-versao-impressao.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

[6] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123/2022**. Disponível em: **https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305**. Acesso em: 10 fev. 2023.

[7] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 33.

[8] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Contemporâneo**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 56.

[9] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 42.

cidadãos aos seus direitos, mesmo que extrajudicialmente, incluindo-se aí a informação, consultoria e métodos alternativos de solução de conflitos[10].

Uma vez que o Acesso à Justiça se inclui dentre os direitos humanos, e que bem por isso sua proteção não se pode esgotar na competência nacional exclusiva dos Estados, "tem-se feito uso do direito internacional de modo a aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados"[11].

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a intérprete última da Convenção Americana é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)[12]. Significa que o juiz nacional, além de se vincular aos instrumentos ratificados no plano internacional, fica adstrito às decisões da Corte IDH sobre interpretação da Convenção. Para os Estados-parte, as decisões da Corte IDH têm valor de "*res interpretata,* vinculando a interpretação jurídica do comando convencional aos juízes e tribunais locais"[13].

Assim sendo, o juiz nacional, *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar as normas internas com os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado-parte, inclusive *ex officio* e de forma preliminar, isto é, antes mesmo da análise do mérito do pleito principal. Impõe-se ao magistrado conhecer não apenas o conteúdo da norma internacional, mas a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH.

Analisar a interpretação vinculante que a Corte IDH faz sobre a ideia de Acesso à Justiça, bem como a importância do controle interno jurisdicional de convencionalidade reforçada pela Recomendação CNJ n. 123/2022, sobre o tema, é o que se pretende com o presente trabalho. Para tanto, a abordagem se divide da seguinte forma: o item 1 cuida do Direito Internacional dos Direitos Humanos; o item 2, do Sistema Constitucional dos Direitos Fundamentais; o item 3, do Sistema Interamericano dos Direitos Humanos; o item 4, do Controle Jurisdicional de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; o item 5, do Acesso à Justiça; o item 6, o Acesso à Justiça no Sistema

---

[10] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 43-44.

[11] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

[12] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35.

[13] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

Interamericano de Direitos Humanos e, por fim, o item 7, das Considerações Finais.

Utilizou-se o método indutivo com pesquisa bibliográfica para o desenvolvimento do trabalho. Foram realizados fichamentos a partir dos conceitos operacionais e da categorização[14].

1 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS[15]

Diversamente do Direito Internacional Público, que tem por objeto disciplinar as relações de reciprocidade e de equilíbrio entre Estados[16], o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa garantir o exercício dos direitos da pessoa humana. É o Direito do Pós-Guerra, a reconstrução do valor dos direitos humanos, nascido em resposta aos horrores da Segunda Guerra Mundial[17]. Formado a partir da entrada em vigor da Carta das Nações Unidas e marcado pela multiplicidade e diversidade dos mecanismos de proteção[18], ampliou-se para inúmeros instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos, tanto a nível global, no Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), quanto nos planos regionais. Nessa "revolução normativa", como chamou Thomas Buergenthal, desenvolveu-se a ideia de que os "seres humanos têm direitos sob o direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações"[19].

No processo de generalização e de especialização, os tratados de direitos humanos das Nações Unidas coexistem tanto ao nível global - com instrumentos

---

[14] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

[15] Capítulo baseado em RAMOS, Ana Luisa Schmidt; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIX, 2022, Balneário Camboriú/SC. **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 85-103. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/71l8vd8o/PetQqknr89r109W9.pdf. Acesso em: 13 ago. 2024.

[16] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 101.

[17] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58.

[18] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

[19] Conforme Thomas Buergenthal, no prólogo do livro de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI.

de proteção instituídos por agências especializadas da própria ONU, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) -, quanto ao nível regional, a exemplo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos[20]. Tais mecanismos, como bem enfatizou Cançado Trindade, complementam-se uns aos outros "no desempenho de suas funções e na realização de seu propósito comum de assegurar uma proteção eficaz e cada vez mais extensa dos indivíduos lesados"[21].

Em tal contexto, a proteção dos direitos humanos passa a ser de interesse internacional. A ideia de soberania absoluta do Estado é relativizada para autorizar o monitoramento e a responsabilidade internacional sempre que esses direitos forem violados, além de que o indivíduo tenha seus direitos protegidos, na esfera internacional, como sujeito de Direito[22].

Conforme dispõe a Convenção de Viena de 1969, o tratado é um acordo concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional[23]. Suas funções se assemelham às que assumem, no Direito interno, as leis e os contratos[24]. Muito embora não haja, no plano internacional, uma autoridade superior a lhe impor o cumprimento pelos Estados aderentes, a segurança das relações - e por via de consequência, a paz internacional – obtém-se da estrita observância do *pacta sunt servanda* e do princípio da boa-fé, norteadores das obrigações internacionais e consagrados pela Convenção de Viena[25].

Nos casos de tratados comuns, descumprir o acordado pode acarretar, ao Estado infrator, a responsabilidade internacional em face do Estado demandante e, nas violações de tratados internacionais de direitos humanos, a

---

[20] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 2.

[21] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3.

[22] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 59.

[23] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Viena Convention on the Law Treaties**. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em 14 fev. 2023.

[24] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

[25] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 59.

responsabilidade em face da pessoa vitimada ou de sua família[26]. Nada mais certo, já que, como bem observou Flávia Piovesan, se o Estado-parte, no exercício de sua soberania, houver contraído obrigações jurídicas no plano internacional, o mínimo que dele se espera é que as cumpra[27].

2 O SISTEMA CONSTITUCIONAL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS[28]

Inicialmente se faz necessário distinguir os direitos humanos – também chamados de direitos do homem – dos direitos fundamentais. O termo "direitos do homem", segundo Jorge Miranda, é utilizado no Direito Internacional, para que fique mais clara a relação dos direitos às pessoas – e não aos Estados ou a outras entidades internacionais – e também "por ser menos extenso o desenvolvimento alcançado e procurar-se um mínimo ético universal ou para-universal"[29]. São os direitos dos seres humanos pelo simples fato de existirem, cujo conteúdo costuma englobar questões atinentes à paz mundial, ao enfrentamento ao racismo e desigualdades de gênero, aos imigrantes, à tortura, ao tráfico de pessoas, à violência contra mulheres e crianças, à proteção do meio ambiente, dentre outras[30]. Como bem resumiu Bruno Makowiecky Salles, os Direitos Humanos estão relacionados "às teorias e práticas que asseguram que todos sejam indenes de tortura, possam expressar livremente seu pensamento, tenham alimentação suficiente, usufruam dos direitos à vida, à saúde e ao trabalho, possam associar-se para fins políticos e participar da vida pública estatal"[31]. Já os direitos fundamentais, ensina Jorge Miranda, são "os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou

---

[26] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 60.
[27] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 131.
[28] Capítulo baseado em RAMOS, Ana Luisa Schmidt; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIX, 2022, Balneário Camboriú, SC. **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 85-103.
[29] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos Fundamentais. T. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 10.
[30] SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 79-82.
[31] SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 83.

institucionalmente consideradas, assentes na Constituição"[32]. Enfim, resume Perez Luño, há uma tendência em denominarem-se "direitos fundamentais" os direitos humanos positivados no âmbito interno reservando-se o termo "direitos humanos" para o plano das declarações e convenções internacionais[33].

Tão relevantes quanto os direitos humanos e fundamentais são os deveres humanos e fundamentais - a exemplo dos direitos humanos, os deveres humanos são aqueles constantes dos instrumentos internacionais de proteção, de âmbito de aplicação internacional, enquanto os deveres fundamentais são aqueles presentes nas constituições dos Estados, de aplicação interna[34] -. Tal relevância se prende ao fato de a eficácia dos direitos humanos depender dos deveres humanos. Todos têm o dever – negativo – de respeitar os direitos humanos, bem como o dever – positivo – de se empenhar na sua ampla realização[35].

O Estado de Direito - aquele em que a atividade estatal se desenvolve mediante "um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica (e que) os cidadãos têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado" – se apresentou no curso da história, ora como liberal, ora como social e por fim, como democrático[36]. O Estado liberal é marcado por uma limitação jurídico-legal negativa, isto é, como garantia dos indivíduos frente à ação do Estado. Já no Estado Social, há um modelo de bem-estar pautado por ações positivas do Poder Público. Finalmente, o Estado Democrático de Direito, surgido no constitucionalismo pós Segunda Guerra, transcende os anteriores e tem por objetivo a igualdade. Representa, segundo Lênio Streck e Bolzan de Morais, "uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade"[37].

---

[32] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos Fundamentais. T. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 10.

[33] LUÑO, Perez. Antonio Henrique. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição**. Tradução Paulo Roberto Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2021, p. 13.

[34] SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 84.

[35] SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 89.

[36] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91-94.

[37] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do**

Deve-se destacar que a questão da democracia na contemporaneidade precisa ser estudada a partir da complexidade imposta pela desterritorialização. As relações contemporâneas, como bem anotam Lênio Streck e Bolzan de Morais, não ficam mais restritas aos limites geográficos dos Estados e incluem o espaço internacional[38]. As noções de cidadania e democracia do Estado-nação da modernidade, sugerem os autores, devem conjugar-se ao espaço regional, comunitário e também ao supranacional[39].

Assim é que tratar do sistema constitucional de direitos fundamentais, conforme defende Perez Luño, impende reconhecer a interdependência e a mútua implicação entre tais direitos[40]. São todos os direitos fundamentais, tomados em conjunto, que conferem a unidade de sentido ao sistema, um sistema não mais confinado ao ordenamento jurídico estatal, mas que o extravasa e incorpora outras instâncias normativas, dentre elas as supraestatais, advindas das relações internacionais. De unitário, o sistema de direitos fundamentais no constitucionalismo democrático assume um significado pluralista, cuja representação evoca a imagem de uma abóboda, a acomodar a intersecção "de uma pluralidade de estruturas normativas, de procedência heterogênea"[41] e não mais a pirâmide hierarquizada de Kelsen, em que a Constituição dominava, solitária, de seu ponto mais alto[42].

Essa interdependência pressupõe a interação de todos os direitos humanos para a realização da dignidade humana[43]. Segundo André de Carvalho Ramos, "O conteúdo de um direito pode se vincular ao conteúdo de outro, demonstrando a interação e a complementaridade entre eles, bem como que

---

Estado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

[38] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

[39] STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 132.

[40] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

[41] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 38.

[42] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 38.

[43] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

certos direitos são desdobramentos de outros"[44].

Além de interdependentes, são os direitos humanos indivisíveis. Isto é, possuem todos a mesma proteção jurídica, já que essenciais à existência digna[45]. Disso deflui que o Estado deve investir e zelar pelos direitos de igualdade e os de solidariedade tanto quanto se ocupa dos direitos fundamentais de primeira geração como a vida, integridade física, liberdade de expressão, etc.[46]

No que diz respeito ao Brasil, foi somente a partir da segunda metade da década de 1980, época da redemocratização, que o Estado brasileiro passou a ratificar os tratados internacionais de direitos humanos[47]. A incorporação de tais instrumentos no ordenamento jurídico interno se deu sob a égide da Constituição da República de 1988 – tida como o "marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil"[48] – por força do disposto em seu artigo 5º, § 2º[49].

Não há ainda consenso sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro[50]. Conforme defende Flávia Piovesan[51], são todos materialmente constitucionais e, se aprovados sob o rito do artigo 5º, § 3º, da CR/88, são ainda formalmente constitucionais. Em outras palavras: os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte "integram o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados"[52]. Tal interpretação, diz a autora, é harmônica

---

[44] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

[45] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 105.

[46] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 105.

[47] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66.

[48] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 68.

[49] "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024).

[50] Há quatro principais posições: "i) natureza supraconstitucional, em face de sua origem internacional; ii) natureza constitucional (forte apoio doutrinário); iii) natureza equiparada à lei ordinária federal (majoritária no STF, de 1988 a 2008); iv) natureza supralegal (acima da lei e inferior à Constituição, voto solitário do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ)" (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 615).

[51] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 169.

[52] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed.

com os valores insertos na CR/88, em especial com o valor da dignidade humana, fundante do sistema constitucional[53]. Ser material e formalmente constitucional traz duas importantes consequências: i) faz com que o tratado de direitos humanos constitua cláusula pétrea e ii) com que ele não possa ser denunciado[54].

No Brasil, a incorporação se dá de maneira automática (artigo 5º, I, da CR/88)[55]. Vale dizer, ratificado o instrumento internacional de direitos humanos, não se exige qualquer ato complementar a integrá-lo, podendo ele ser invocado imediatamente pelo jurisdicionado[56], além do que, toda a norma interna que lhe for incompatível perderá automaticamente a vigência[57].[58]

3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (SIDH)[59]

A proteção interamericana dos direitos humanos se desenvolveu de

São Paulo: Saraiva, 2022, p. 138.

[53] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 150.

[54] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 170.

[55] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

[56] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 626.

[57] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 177.

[58] "[...] a doutrina predominante tem entendido que, em face do silêncio constitucional, o Brasil adota a corrente dualista, pela qual há duas ordens jurídicas diversas (a ordem interna e a ordem internacional). Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno, faz-se necessária a edição de um ato normativo nacional – no caso brasileiro, esse ato tem sido um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado no âmbito interno. Embora seja essa a doutrina predominante, este trabalho sustenta que tal interpretação não se aplica aos tratados de direitos humanos, que, por força do art. 5º, § 1°, tem aplicação imediata. Isto é, diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem jurídica internacional e interna, dispensando a edição de decreto de execução. Já no caso dos tratados tradicionais, há a exigência do aludido decreto, tendo em vista o silêncio constitucional acerca da matéria. Logo, defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, já que, para os tratados de direitos humanos, acolhe a sistemática da incorporação automática, enquanto para os tratados tradicionais acolhe a sistemática da incorporação não automática" (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 182-183).

[59] Capítulo baseado em RAMOS, Ana Luisa Schmidt; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIX, 2022, Balneário Camboriú/SC. **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 85-103.

maneira gradativa. A Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), documento que lhe deu origem, foi aprovada contemporaneamente à Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (DADDH), em Bogotá, mas foi somente em 1959, no Chile, que se estabeleceu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão com a função de observar e proteger os direitos humanos na América[60].

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é um tratado de direitos humanos vinculante aos Estados-partes. Assinado na Costa Rica em 1969, entrou em vigor somente em 1978 e conta, atualmente, com 23 Estados-partes, dentre eles o Brasil[61]. A obrigação de respeitar os direitos humanos consta já de seu artigo 1, tido como a "norma fundamental sobre a qual se assenta todo o sistema protetivo previsto por esse instrumento internacional"[62].

Importante ressaltar, ainda, que no SIDH, devido ao princípio *pro persona*, ou *pro homine*, é a Convenção Americana que detém a competência para estabelecer o standard protetivo mínimo de um direito humano. Como bem assinalou Mazzuoli, os Estados têm total autonomia para legislar, editar ou modificar regras estabelecidas na Convenção, desde que seja para aumentar a proteção nela prevista. Descer do mínimo, no entanto, é impossível, a teor do disposto no seu artigo 29[63].

Para supervisionar o cumprimento da Convenção, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão jurisdicional internacional, de competência consultiva e contenciosa, sediado em San José da Costa Rica[64]. Desde a entrada em vigor da Convenção, a Comissão passou a exercer um papel dúplice, assumindo ainda as tarefas de analisar as petições individuais e de interpor ação de responsabilidade internacional contra um Estado perante a Corte IDH[65].

---

[60] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 370.

[61] PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de ireitos humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 115.

[62] MAZUOLLI, Valério. Artigo 1. *In*: **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 12.

[63] MAZUOLLI, Valério. Artigo 1. *In*: **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 269.

[64] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 144.

[65] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur,

À proteção de direitos, de maneira específica, o Sistema Interamericano conta ainda com diversos instrumentos[66]. Dentre eles destaca-se o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San Salvador, ratificado pelo Brasil em 1996[67]. Tal documento, em seu artigo 11, estabelece o direito a um meio ambiente sadio e a obrigação dos Estados Partes a promover a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente[68].

É o princípio da dignidade humana, na concepção kantiana de que todo ser humano existe como um fim em si mesmo e não como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade[69], que informa o SIDH. A partir dele, acentua Flávia Piovesan, impedem-se retrocessos e se promovem avanços em direitos humanos na região, com a participação cooperativa dos Estados, das vítimas, das organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, da Comissão e da Corte IDH[70].

4 O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE NO ÂMBITO DO SIDH[71]

O projeto de internacionalização dos direitos humanos tenderia ao

2022, p. 371.

66 Dentre esses instrumentos, estão a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à abolição da pena de morte, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – também conhecida como Convenção de Belém do Pará –, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra pessoas portadoras de deficiência, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, a Convenção Interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância e a Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos das pessoas idosas. (PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

67 RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 371.

68 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gudiel Álvarez y Otros ("Diário Militar") *vs.* Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf. Acesso em: 11 fev. 2023.

69 KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

70 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 406.

71 Capítulo baseado em RAMOS, Ana Luisa Schmidt; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XXIX, 2022, Balneário Camboriú/SC. **Direito internacional dos direitos humanos II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022, p. 85-103.

fracasso não fossem os mecanismos destinados a assegurar o cumprimento, pelos Estados, das normas internacionais a que se tenham obrigado[72]. Haveria sempre o risco de que os Estados as violassem ou, ainda, as cumprissem a partir de sua própria interpretação, o que transmudaria o Direito Internacional em um conglomerado de versões particulares de cada instrumento de proteção[73]. É de Cançado Trindade a lição de que, no processo de interpretação dos instrumentos internacionais de proteção não há lugar à invocação do dogma da soberania[74].

Daí a premência do controle de convencionalidade, que deve ser operado tanto no âmbito externo, pela Corte IDH, quanto no interno, pelos juízes de cada Estado-parte[75]. O objetivo é um só: observar a compatibilidade das normas nacionais com a Convenção Americana e outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Diz-se outros instrumentos porque além da Convenção Americana, todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado, sejam eles regionais ou globais, são também paradigmas do controle de convencionalidade no âmbito do SIDH[76]. Tais direitos formam, como bem observou Valério Mazzuoli, o bloco de convencionalidade, isto é, um corpus juris de direitos humanos de observância compulsória pelos Estados-partes, seja por controle difuso ou concentrado[77]. Esse é o entendimento da Corte Interamericana, como assentado no *Caso Gudiel Álvarez e outros vs.*

---

[72] PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 157.

[73] PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 157.

[74] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 5.

[75] Como este artigo trata especificamente do controle jurisdicional de convencionalidade, fez-se referência aos juízes. No entanto, não apenas os juízes são obrigados a exercer o controle interno de convencionalidade. “Pelo simples fato de ser parte da Convenção Americana, todas as autoridades públicas e todos os seus órgãos, incluídas as instâncias democráticas, juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis, estão obrigados pelo tratado, pelo qual devem exercer, no marco de suas respectivas competências e das normas processuais correspondentes, um controle de convencionalidade tanto na emissão e aplicação das normas, quanto a sua validade e compatibilidade com a Convenção, como na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, tendo em conta o próprio tratado e, conforme o caso, os precedentes ou jurisprudência da Corte Interamericana” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Supervisión de Cumplimiento de Sentencia**. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf**. Acesso em: 11 fev. 2023.

[76] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 62. Tradução nossa).

[77] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 63.

Guatemala:

> 330. [...] este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que, quando um Estado é parte de tratados internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção de Belém do Pará, tais tratados obrigam a todos os seus órgãos, incluído o poder judiciário, cujos membros devem zelar para que os efeitos das disposições de tais tratados não sejam menosprezados pela aplicação de normas ou interpretações contrárias ao seu objeto e finalidade (tradução livre)[78].

O controle externo, no SIDH, é feito pela Corte IDH, quando provocada. Ela poderá aferir a compatibilidade das leis domésticas com os instrumentos internacionais, por meio de pareceres, chamados de opiniões consultivas, ou ainda exercer o controle, propriamente dito, no âmbito contencioso[79].

Já o controle jurisdicional interno de convencionalidade, dever de todo juiz, deve ser operado de ofício e preliminarmente, isto é, antes mesmo da análise do mérito da causa. Assumirá o juiz convencional a dupla função de juiz interno com a de juiz internacional. Dará ao texto de lei a interpretação que lhe for conferida pela Corte IDH e, caso inexistir precedente da Corte – e somente nesse caso – deverá postar-se "no lugar de juiz internacional para, à luz dos princípios do direito internacional e dos direitos humanos, especialmente do princípio *pro homine* ou *pro persona*, proferir sentença"[80].

Vale, por fim, ressaltar que, no que se refere aos direitos humanos, a interlocução entre o direito internacional e o direito nacional ocorre tanto de cima para baixo como no sentido inverso. Significa dizer que a comunicação opera não apenas da Corte IDH em direção aos juízes internos, mas que também a aplicação local do direito interamericano pode auxiliar a Corte IDH na análise e julgamento de seus casos[81].

5 O ACESSO À JUSTIÇA – DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

[78] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gudiel Álvarez y Otros ("Diário Militar") *vs.* Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf. Acesso em: 11 fev. 2023.

[79] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 52.

[80] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 36.

[81] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 49.

O Acesso à Justiça não se resume à possibilidade de todos acederem ao Poder Judiciário, mas se conecta à ideia de que todos possam, efetivamente, fruir de seus direitos. No sentido lato, é definido por Bruno Makowiecky Salles como o "Direito Humano no campo internacional e Fundamental no plano interno, positivado comumente sob a forma de norma- princípio, mas que também pode figurar sob outras fórmulas ou de maneira implícita nos ordenamentos jurídicos"[82]. Em *stricto sensu*, segundo o autor, especifica-se nas possibilidades de Acesso aos Tribunais, mediante um processo justo e revestido das garantias do devido processo legal, bem como de Acesso aos Direitos, com informação, consultoria e assistência jurídicas e também mediante métodos alternativos de composição de conflitos, a exemplo da mediação e da arbitragem[83].

Trata-se de uma concepção ampliada da ideia de Acesso à Justiça, para além da mera possibilidade de se invocar o Poder Judiciário à solução dos conflitos. Sendo assim, "avalia-se todo o contexto sócio-político-cultural e insere-se na análise o grau de informação jurídica e o nível de acessibilidade dos cidadãos aos direitos, ainda que a fruição ocorra fora do aparato judicial"[84].

O conhecimento, diz Jorge Miranda, constitui a primeira forma de defesa dos direitos. Segundo o autor, somente aquele que tiver "consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efetivar ou quando eles são violados ou restringidos"[85].

Mauro Cappelletti e Bryant Garth reforçam a necessidade de tornar efetivos e não meramente simbólicos os direitos das pessoas[86]. Apontam os autores que o conceito de Acesso à Justiça evoluiu desde a ideia de um direito natural – que por ser anterior ao Estado prescindia de qualquer ação deste para

---

[82] SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 143.

[83] SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental:** Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023, p. 143.

[84] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 42-43.

[85] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos Fundamentais. T. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 352.

[86] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

ser amparado – até o reconhecimento dos "direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos"[87] – em que a atuação positiva do Estado faz-se, sim, necessária. O acesso à justiça passou então a ser visto como "o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos"[88]. Devem, portanto, os cidadãos, conhecer seus direitos e efetivamente acessar a justiça sempre que tais direitos forem violados[89].

Direito Humano e, bem por isso, orientado por valores universais, o Acesso à Justiça é prerrogativa "de todos os indivíduos, ou de determinadas categorias de pessoas, cuja tutela pode ser demandada em qualquer tempo e lugar", ensina J.J. Florentino dos Santos Mendonça[90]. Ao ingressar nas ordens jurídico-constitucionais dos Estados como Direito Fundamental, ele se depara com questões relacionadas ao enquadramento como princípio e fonte de direito e com a incidência e eficácia automáticas[91].

Como Direito Fundamental, deve-se destacar que o acesso à Justiça, direito prestacional, situa-se entre os direitos fundamentais de segunda dimensão. Sua efetivação, portanto, depende da ação positiva do Estado[92].

No Brasil, o Acesso à Justiça é Direito Fundamental previsto expressamente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República[93]. Tal direito, aponta André de Carvalho Ramos, constitui-se de uma faceta formal, consistente no reconhecimento do direito de acionar o Poder J0udiciário, e de outra material ou substancial, traduzida na efetivação desse direito por meio do reconhecimento da assistência jurídica integral e gratuita a quem dela necessitar,

---

[87] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

[88] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

[89] SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à Justiça**: um direito fundamental em questão. Lisboa: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.

[90] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 113.

[91] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 114.

[92] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 34.

[93] "a lei não excluirá da apreciação do Direito Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024).

razoável[94]. Também J.J. Florentino de Santos Mendonça anota que, no Brasil, tanto a doutrina quanto a jurisprudência acolhem o entendimento de que o acesso à justiça compreende não apenas o acesso aos órgãos judiciais, mas a viabilização do acesso "a mecanismos aptos para produzirem tutela jurisdicional adequada, célere, econômica e efetiva, bem como aos meios alternativos de composição de conflitos"[95].

6 O ACESSO À JUSTIÇA NO SIDH

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a ideia de Acesso à Justiça é compreendida a partir da concepção ampliada, a conglobar o Acesso ao Judiciário e o Acesso aos Direitos. Tal noção fica clara tanto da leitura conjunta do artigo 8º[96], que trata das Garantias Judiciais, e do artigo 25[97],

---

[94] RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 910.

[95] MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 161.

[96] "**Artigo 8º. Garantias Judiciais** Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça" (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 fev. 2023).

[97] "**Artigo 25. Proteção Judicial** Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja

intitulado “Proteção Judicial”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - dispositivos em que o Acesso à Justiça é consagrado -, quanto da interpretação que lhes é dada pela Corte IDH – intérprete autorizada da Comissão Americana[98] – especialmente da jurisprudência constante do *Cuadernillo de Jurisprudencia n. 13* da Corte IDH.

O *Cuadernillo de Jurisprudencia* n. 13 da Corte IDH é dedicado a abordar o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana. Dele constam os parágrafos mais relevantes dos casos contenciosos e opiniões consultivas em que a Corte IDH tratou do Acesso à Justiça[99]. Daí que a análise da interpretação que a Corte IDH faz sobre o tema será realizada, neste artigo, a partir de tal publicação.

Desde logo, o Cuadernillo faz referência ao Caso Lagos del Campo *vs.* Peru, no qual se destacou que o direito de Acesso à Justiça, proclamado nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana, é norma imperativa do Direito Internacional[100]. É firme o entendimento da Corte IDH de que o artigo 25 da Convenção, sob o título “Proteção Judicial”, deva ser interpretado à luz das regras do *due processo of law*, previstas no artigo 8º[101]. Assim é que, da leitura sistemática da Convenção Americana com a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH, pode-se inferir que o artigo 25 proclama, em conjunto com o artigo

---

contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Os Estados Partes comprometem-se: a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 fev. 2023).

[98] PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos**: Sistema Interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 158.

[99] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[100] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 8. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[101] PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 231.

8º, o direito de Acesso à Justiça[102].

Há outros exemplos nesse sentido. No Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros *vs.* Trinidad y Tobago, a Corte IDH estabeleceu que "para que se preserve o direito a um recurso efetivo, nos termos do artigo 25 da Convenção, é indispensável que tal recurso tramite conforme as regras do devido processo, consagradas no artigo 8º da Convenção"[103]. Também no Caso Las Palmeras *vs.* Colombia, ficou assentado que o artigo 8.1 da Convenção Americana, em conexão com o artigo 25.1, confere aos familiares das vítimas o direito a que a morte destas últimas seja devidamente investigada pelas autoridades do Estado, que haja um processo contra os responsáveis pelos ilícitos; que se lhes imponham as sanções pertinentes, e se reparem os danos que os familiares tenham sofrido[104]. E ainda no Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam, registrou-se que a Corte tem expressado "de maneira reiterada que os Estados-parte estão obrigados a aplicar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (artigo 25), os quais devem estar em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8º)[105].

Pois bem. Segundo a jurisprudência da Corte IDH assente no Cuadernillo, o Acesso à Justiça, interpretado à luz do devido processo legal, é compreendido de maneira ampliada para abarcar o Acesso aos Direitos. Para a Corte IDH, não basta a mera existência dos recursos judiciais, mas que tenham os indivíduos, indistinta e efetivamente, acesso aos seus direitos.

Em inúmeros julgados, a conformação das duas ideias – Acesso a o Judiciário e Acesso aos Direitos – é feita de modo explícito. No Caso Pueblos Kaliña y Lokono *vs.* Surinam, ficou destacado que "A Corte tem interpretado que

---

[102] PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 231.

[103] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 25. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[104] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021, p. 83. Tradução livre. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

[105] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 6. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

o alcance da obrigação do Estado de proporcionar um recurso judicial, conforme o texto do artigo 25 da Convenção Americana, não se reduz à mera existência de tribunais e procedimentos formais, mas que o Estado deve, além disso, adotar medidas positivas para garantir que estes recursos sejam efetivos para dirimir se houve a violação de direitos humanos e proporcionar a eventual reparação"[106].

No Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) *vs.* Guatemala, disse a Corte IDH que além da aplicação dos recursos judiciais efetivos às vítimas de violações e que tais recursos sigam o devido processo legal, devem os Estados-parte garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição[107].

Um dos casos em que a conjugação de Acesso ao Judiciário e Acesso aos Direitos se faz mais evidente é o Lopez Soto y otros *vs.* Venezuela, que trata de violência contra as mulheres. No precedente, foi explicitada a necessidade de informação, consultoria e assistência jurídicas, dentre outros mecanismos de proteção, que permitam a que as mulheres acessem, efetivamente, o sistema de justiça, bem como seus direitos. Advertiu a Corte IDH que

> [...] em matéria de violência contra a mulher, as mulheres enfrentam certos obstáculos e restrições no momento de recorrer às autoridades estatais, que as impedem o efetivo exercício de seu Acesso à Justiça. Nesse sentido, a falta de formação e de conhecimento em matéria de gênero por parte dos operadores estatais das instituições relacionadas com a investigação e administração da justiça e a existência de estereótipos que afetam a credibilidade das vítimas mulheres constituem fatores fundamentais que, junto aos altos índices de impunidade em casos dessa natureza, levam a que mulheres decidam não denunciar as situações de violência e não prosseguir com as causas iniciadas. A esses fatores deve se somar a falta de acesso a um assessoramento jurídico de qualidade e de serviços capazes de fornecer assistência social e acolhimento às vítimas, como também a falta de adoção de medidas de proteção imediatas por parte dos funcionários do Estado que intervêm nesse tipo de casos. [...] Em função do exposto, certos instrumentos internacionais resultam úteis para precisar e dar conteúdo à obrigação estatal de proteção às mulheres vítimas de violência, de modo a garantir o acesso efetivo tanto aos serviços de justiça quanto os de saúde. Entre tais medidas, citam-se: i) facilitar locais seguros e acessíveis para que as vítimas possam denunciar as situações de violência; ii) contar com um sistema de

[106] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 6. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[107] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 9. Tradução livre. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

> medidas de proteção imediatas de modo a resguardar a integridade das vítimas; iii) possibilitar o acesso à assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo; iv) facilitar atendimento médico e psicológico à vítima; e v) implementar mecanismos de acompanhamento social e material (através de casas de abrigo ou centros de acolhimento), a curto e médio prazo[108].

Da mesma forma, no Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) *vs*. Honduras conjugou-se a ideia de Acesso à Justiça ao Acesso ao Direito, abordando-se medidas judiciais e extrajudiciais de reparação às violações aos direitos humanos. A Corte IDH determinou que

> Os Estados devam garantir a existência de mecanismos judiciais ou extrajudiciais que sejam eficazes para a reparação das violações aos direitos humanos. [...] O Tribunal destaca a necessidade de que os Estados abordem as barreiras culturais, sociais, físicas ou financeiras que impeçam o acesso aos mecanismos judiciais ou extrajudiciais a pessoas que pertençam a grupos em situação de vulnerabilidade[109].

Também no Caso Rosendo Cantú y outra *vs*. México, relacionado aos direitos da vítima de crime, a amplitude do conceito de Acesso à Justiça restou evidente. Apontou a Corte IDH que "a participação da vítima em processos penais não se limita à mera reparação do dano senão, preponderantemente, a fazer efetivos os direitos da vítima de conhecer a verdade e a justiça ante as autoridades competentes"[110].

O Brasil já foi alvo de processos perante a Corte IDH no que se refere ao Acesso à Justiça. No Caso Ximenes Lopes *vs*. Brasil, a Corte IDH definiu que as "vítimas de violações de direitos humanos, bem como seus familiares, devem contar com amplas possibilidades de serem ouvidas e de atuar nos respectivos processos, tanto em busca do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, quanto em busca da devida reparação". E que, naquele caso

---

[108] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 10-11. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[109] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 12. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[110] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 18. Tradução livre. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

específico, a ausência de justiça no âmbito penal impediu a que os familiares de Ximenes Lopes, em especial sua mãe, obtivessem reparação civil[111].

Situação semelhante foi verificada no Caso 19 Comerciantes *vs.* Colombia. A Corte IDH destacou que, em reiteradas oportunidades, pronunciara-se no sentido de que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade e que, somente

> se se esclarecerem todas as circunstâncias relativas à violação, o Estado haverá proporcionado às vítimas e seus familiares um recurso efetivo e haverá cumprido com sua obrigação geral de investigar e punir, permitindo aos familiares da vítima conhecer a verdade, não somente sobre o paradeiro de seus restos mortais senão sobre tudo o que aconteceu à vítima[112].

Veja-se ainda o Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde *vs.* Brasil. Reconheceu a Corte IDH que o Brasil, a princípio, conta com um marco normativo que permite garantir a proteção judicial das pessoas no que se refere à conduta de reduzir alguém à condição análoga de escravo. No entanto, considerou que, naquele caso específico, "i) não se analisou a fundo a questão; ii) não se fixaram responsabilidades nem se sancionaram adequadamente aos responsáveis pelos fatos; iii) não se ofereceram um mecanismo de reparação às vítimas; e iv) não houve o impacto de prevenir que as violações aos direitos das vítimas continuassem"[113].

Mais um caso envolvendo o Brasil deixou patente que não basta acessar o Judiciário para se ter o Acesso à Justiça. No Caso Favela Nova Brasília *vs*. Brasil, entendeu a Corte IDH que,

> apesar da gravidade das execuções de civis cometidas por agentes policiais em 1995, a investigação realizada se guiou por uma ideia

---

[111] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 28. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[112] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 85. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[113] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 48. Tradução livre. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

> preconcebida de que as vítimas haviam morrido em decorrência de ações legais dos agentes. Essa ideia teve como consequência a redução da importância da gravidade dos fatos e que se normalizasse o fato. [...] Em conclusão, os familiares das vítimas mortas não contaram com nenhum recurso ou mecanismo que lhes permitisse obter proteção judicial ante a violação de seus direitos ou que lhes oferecesse reparação frente à execução de seus familiares[114].

Como se percebe, a Corte IDH – intérprete última da Convenção Americana – não se contenta com a simples existência, nos Estados-parte, de instrumentos processuais que garantam às pessoas o Acesso ao Poder Judiciário. O Direito Humano ao Acesso à Justiça só estará satisfeito, segundo sua interpretação, se as pessoas efetivamente tiverem acesso aos Direitos que lhes são amparados na Convenção, nas Constituições e nas leis internas de cada Estado.

Esse é o entendimento a ser seguido pelos juízes internos de cada Estado-parte. No Brasil, já se nota alguma referência aos instrumentos internacionais em julgados que versam sobre o Acesso à Justiça. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Medida Cautelar na ADPF 635 MC-Ref/RJ, relativa à elaboração e implementação da política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, notadamente no que tange à "letalidade da atuação policial", dentre outros fundamentos, fez menção à decisão da Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília *vs*. Brasil, bem como a outros precedentes[115]. Da mesma forma, no julgamento do HC 143.988/ES, que tratava da superlotação em unidades de execução de medidas socioeducativas, o STF usou de fundamento, entre outros, os precedentes da Corte IDH[116].

Merece destaque, também, o julgamento do Mandado de Injunção n.

---

[114] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**, p. 50. Tradução livre. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

[115] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635 MC. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 2 de junho de 2022. Disponível em: **https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%20%22acesso%20a%20justiça%22%20e%20%22corte%20interamericana%22&sort=_score&sortBy=desc**. Acesso em: 19 fev. 2023.

[116] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 143.988. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 de setembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%20%22acesso%20a%20justiça%22%20e%20%22corte%20interamericana%22&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 19 fev. 2023.

4.733/DF, que teve por objeto a omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, no qual o STF, além de reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, determinou a aplicação da Lei n. 7.716/89, até a edição de legislação a respeito "a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero"[117]. Na fundamentação, constaram julgados da Corte IDH.

Nesses precedentes, já se verifica o crescente cuidado em verificar-se a harmonia das normas locais com os instrumentos internacionais de direitos humanos no que se refere ao Acesso à Justiça. Em todas as decisões, restou clara a ideia ampliada de Acesso à Justiça para além do mero acesso ao Poder Judiciário, bem como o fiel cumprimento, pelo Estado brasileiro, dos tratados e convenções internacionais a que se tenha obrigado.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos tempos atuais, encontram-se duas acepções prevalentes no que se refere ao termo Acesso à Justiça[118]. Uma delas circunscrita à ideia de prestação jurisdicional e, portanto, ao Acesso ao Poder Judiciário, e a outra, mais ampliada, que não se satisfaz com a simples existência de recursos judiciais, mas com o efetivo acesso, igualitário, das pessoas aos seus direitos[119].

Tido como direito humano – e fundamental – de segunda geração[120], o Acesso à Justiça reclama, para sua concretização, a ação positiva do Estado. Vale lembrar que no sistema constitucional de direitos fundamentais, de significado pluralista, deve-se reconhecer que tais direitos são interdependentes.

---

[117] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de setembro de 2020. Disponível em: **https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%20%22acesso%20a%20justiça%22%20e%20%22corte%20interamericana%22&sort=_score&sortBy=desc**. Acesso em: 19 fev. 2023.

[118] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 42.

[119] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 42.

[120] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

Sua unidade de sentido impõe a incorporação de instâncias normativas, dentre elas as supraestatais, advindas das relações internacionais[121]. O Direito Internacional, assim, vem sendo utilizado para aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos humanos consagrados pelos Estados[122].

De ressaltar, ainda, que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a intérprete última da Convenção Americana – da qual o Brasil é signatário –, é a Corte IDH[123]. Significa que para os Estados aderentes, as decisões da Corte IDH vinculam os juízes e tribunais internos à interpretação que houver sido dada ao comando convencional[124].

Assim é que, quando os juízes nacionais realizarem seu dever de exercer o controle interno de convencionalidade, deverá fazê-lo em observância à interpretação que a Corte IDH tiver feito sobre o tema em questão. No que se refere ao Acesso à Justiça, a Corte IDH deixou claro, em inúmeros precedentes[125], que segue a concepção ampliada do termo, interpretando os artigos 8º e 25 da Convenção Americana de modo a englobar o Acesso à Jurisdição e o Acesso aos Direitos. O Direito Humano ao Acesso à Justiça só estará satisfeito, segundo sua compreensão, se as pessoas efetivamente tiverem acesso aos Direitos que lhes são amparados seja na Convenção, seja nas Constituições, seja leis internas de cada Estado.

No Brasil, o dever de exercício do controle de convencionalidade, especialmente no que se refere à observância dos tratados, convenções internacionais e jurisprudência da Corte IDH vem reforçado pela Recomendação CNJ n. 123/1022[126]. Não fosse a necessidade de fomentar-se uma cultura

---

[121] PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

[122] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1.

[123] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 35.

[124] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

[125] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf**. Acesso em: 18 fev. 2023.

[126] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123/2022**. Disponível em: **https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305**. Acesso em: 10 fev. 2023.

jurídica orientada pelo controle de convencionalidade no Brasil[127], a medida nem se faria necessária. Sendo todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República, materialmente constitucionais, constitui obrigação de todos os juízes e tribunais do país, por provocação das partes ou até mesmo de ofício, invalidar as leis internas – desde que menos benéficas – que com eles colidirem[128].

Portanto, quando analisarem a compatibilidade das normas nacionais com os instrumentos internacionais (mais benéficos), no que tange ao Direito Humano de Acesso à Justiça, os juízes e tribunais do Brasil deverão seguir a concepção ampliada do termo, tal como o faz a Corte IDH. Vale dizer, nas decisões judiciais a ideia de Acesso à Justiça deverá se conformar à conjugação do Acesso ao Judiciário ao Acesso aos Direitos. A ação positiva do Estado para garantir esse direito humano – e fundamental – de segunda geração não se resignará com a mera instituição de recursos judiciais, mas com o efetivo – e igualitário – acesso das pessoas aos direitos que lhes são previstos pelos instrumentos internacionais, pela Constituição e pelas leis internas.

A importância dessa compatibilização das normas brasileiras aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que tratam do Acesso à Justiça é inquestionável. O verdadeiro "código internacional de direitos humanos" – para usar as palavras de Thomas Buergenthal no prólogo da obra de Cançado Trindade – formado pelo sem-número de instrumentos internacionais de direitos humanos, tem "tido um dramático impacto e dado legitimidade à exigência cada vez mais forte de humanidade de um mundo em que os direitos humanos sejam observados e em que os seres humanos, independentemente de sua raça, sexo, religião, origem nacional ou outra condição, sejam tratados com a dignidade a que fazem jus"[129]. No contexto latino-americano, esse diálogo entre jurisdições e o controle de convencionalidade são importantes peças na construção de um *ius commune* em direitos humanos[130].

REFERÊNCIAS

[127] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 155.
[128] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
[129] BUERGENTHAL, Thomas. *In*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI.
[130] PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 154.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/folder-pacto- versao-impressao.pdf. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123, de 7 de janeiro de 2022**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305 Acesso em: 19 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635 MC. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 2 de junho de 2022. Disponível em: **https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%20%22acesso%20a%20justiça%22%20e%20%22corte%20inte ramericana%22&sort=_score&sortBy=desc**. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 143.988. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 4 de setembro de 2020. Disponível em: **https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%20%22acesso%20a%20justiça%22%20e%20%22corte%20inte ramericana%22&sort=_score&sortBy=desc**. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 4.733. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 29 de setembro de 2020. Disponível em: **https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=**10&queryString=%20%20%22acesso%20a%20justiça%22%20e%20%22corte%20inte ramericana%22&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 19 fev. 2023.

BUERGENTHAL, Thomas. *In*: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAZUOLLI, Valério. Artigo 1. In **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à Justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: Direitos Fundamentais. T. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Viena Convention on the Law Treaties**. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: **https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm**. Acesso em: 18 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos
Humanos. Caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diário Militar”) *vs*. Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_253_esp1.pdf** . Acesso em: 11 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Supervisión de Cumplimiento de Sentencia**. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf**. Acesso em: 11 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de

Direitos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 13/2021**. Disponível em: **https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo13_2021.pdf** . Acesso em: 18 fev. 2023.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Direitos humanos, Estado de direito e Constituição**. Tradução Paulo Roberto Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Contemporâneo**. Tradução de José Luis Bolzan de Morais e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos**: Sistema interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à Justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: Acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O acesso ao direito e à Justiça**: um direito fundamental em questão. Lisboa: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2002.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA RESOLUÇÃO CNJ N. 525/2023: Uma análise da sua constitucionalidade na perspectiva da teoria da integridade política

THE EXCEPTIONS PROVIDED FOR IN CNJ RESOLUTION N. 525/2023: An analysis of its constitutionality from the perspective of the theory of political integrity

Ana Luisa Schmidt Ramos[1]
Jefferson Zanini[2]

Resumo: Este artigo avalia a constitucionalidade das exceções contidas na Resolução CNJ n. 525/2023 à luz da teoria da integridade política desenvolvida por Ronald Dworkin. Na sua elaboração foi utilizado o método indutivo. A norma administrativa estudada constitui uma ação afirmativa de discriminação positiva alicerçada na responsabilidade de grupo. Tem como fundamento jurídico a promoção da igualdade entre homens e mulheres por meio da ampliação da participação das magistradas nos tribunais de segundo grau. Ocorre que a normativa não se aplica ao próprio CNJ e nem aos tribunais submetidos ao seu controle. Também não incide sobre os cargos nos tribunais cujo provimento é reservado para os membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como alcança apenas a magistradas que estejam posicionadas na primeira quinta parte da lista de antiguidade na única ou última entrância na carreira. A teoria da integridade apregoa que as decisões devem assegurar a coerência do princípio de moralidade política que lhe serve de base. A instituição de distinção que resulta na concessão de um direito subjetivo apenas a alguns membros de uma categoria, quando arbitrária, constitui ato de conciliação interna que viola a integridade. Esse é o defeito da resolução. Embora a disparidade de gênero esteja presente em todos os níveis do Poder Judiciário, nem todos os cargos foram reservados para provimento por mulheres. Houve a instituição de uma distinção arbitrária que compromete o princípio da igualdade e, por conseguinte, mancha a resolução de inconstitucionalidade material.

Palavras-chave: Resolução CNJ n. 525/2023; igualdade; teoria da integridade política; Poder Judiciário; constitucionalidade.

Abstract: This article evaluates the constitutionality of the exceptions contained in CNJ Resolution no. 525/2023 in light of the theory of political integrity developed by Ronald Dworkin. The inductive method was used in its preparation. The administrative rule studied constitutes an affirmative action of positive discrimination based on group responsibility. Its legal basis is the promotion of equality between men and women by expanding the participation of female judges in second-degree courts. It turns out that the regulations do not apply to the CNJ itself nor to the courts under its control. It also does not

[1] Juíza de Direito da comarca de Imaruí. Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Universidade de Alicante (UA).
[2] Juiz de Direito da 3ª Turma de Recursos. Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Universidade de Alicante (UA).

affect positions in the courts whose provision is reserved for members of the Public Ministry and the Brazilian Bar Association, as well as only reaching magistrates who are positioned in the first fifth of the seniority list in the only or last entry in the career. The integrity theory states that decisions must ensure the coherence of the principle of political morality that serves as its basis. The institution of distinction that results in the granting of a subjective right only to some members of a category, when arbitrary, constitutes an act of internal conciliation that violates integrity. This is the defect of the resolution. Although gender disparity is present at all levels of the Judiciary, not all positions were reserved for women. There was the institution of an arbitrary distinction that compromises the principle of equality and, therefore, taints the resolution of material unconstitutionality.

Keywords: CNJ Resolution n. 525/2023; equality; theory of political integrity; Judicial Power; constitutionality.

INTRODUÇÃO

Na seção plenária realizada no dia 26 de setembro de 2023, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou uma alteração na Resolução CNJ n. 106/2010[3], que trata dos critérios objetivos para a promoção de magistrados e magistradas. A alteração, materializada na Resolução CNJ n. 525/2023[4], prevê que o preenchimento dos cargos reservados à magistratura de carreira nos tribunais de segundo grau deverá observar a proporção de 40% a 60% por gênero feminino e masculino, respectivamente.

Ainda, prevê a Resolução CNJ n. 525/2023[5] que, enquanto não concretizada a proporção de gênero nos tribunais de segundo grau, o preenchimento das vagas da magistratura de carreira, na promoção pelo critério de merecimento, será realizado, de forma alternada, por meio de listas mistas, para homens e mulheres, ou exclusivas para mulheres. Em síntese, nas promoções pelo critério de merecimento, uma lista será mista, composta por magistrados e magistradas, enquanto outra será integrada exclusivamente por magistradas.

---

[3] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010**. Brasília, DF, [2010]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168. Acesso em: 26 mar. 2024.

[4] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[5] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

A norma administrativa em estudo foi editada na condição de ação afirmativa de gênero. Seu objetivo é corrigir as desigualdades existentes entre homens e mulheres no acesso ao segundo grau de jurisdição. Segundo consta na sua justificativa, “de acordo com levantamento realizado em 2023 pelo CNJ, as mulheres, embora constituam cerca de 51% da população brasileira, representam somente 38% da magistratura, sendo 40% no 1º grau de jurisdição e 21,2% no 2º grau, sem a possibilidade de se estabelecer uma tendência de crescimento de tais percentuais à luz das séries históricas aferidas”[6].

Ocorre que a Resolução CNJ n. 525/2023[7] contém 3 (três) exceções. A primeira se refere ao fato de excluir da paridade de gênero as vagas existentes no próprio CNJ, nos tribunais superiores e nos tribunais das Justiças Eleitoral e Militar. A segunda envolve a limitação de sua aplicabilidade exclusivamente aos cargos destinados aos membros da magistratura de carreira, subtraindo de seu espectro de ação afirmativa o acesso às vagas nos tribunais de segundo grau reservadas aos membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil. A terceira diz respeito à limitação do acesso de magistradas aos tribunais de segundo grau ao dispor que, mesmo na formação da lista exclusiva para mulheres, deverá ser observado o critério dos quintos sucessivos estatuído no art. 93, II, ‘b’, da Constituição da República[8].

Doutro lado, a teoria da integridade política desenvolvida pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin determina que as leis devem ser moralmente coerentes[9]. Essa coerência de princípios transforma uma sociedade pluralista em uma verdadeira comunidade de princípios, promovendo “[...] a união da vida moral e política dos cidadãos [...]”[10]. Além disso, uma comunidade de

---

[6] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[7] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[8] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

[9] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 213. Título original: Law’s empire.

[10] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 230. Título original: Law’s empire.

princípios consegue promover, de forma muito melhor, os direitos constitucionais substantivos[11].

Por isso, divisa-se relevante encetar estudo para elucidar o seguinte problema de pesquisa: as exceções previstas na Resolução CNJ n. 525/2023 guardam conformidade com o princípio constitucional da igualdade?

Assim, pretende-se, neste artigo, analisar as exceções previstas na Resolução CNJ n. 525/2023[12] com a finalidade de investigar se elas podem ser consideradas constitucionais à luz da teoria da integridade política. O estudo está dividido em três tópicos: no primeiro, aborda-se a normativa como uma ação afirmativa para corrigir a desigualdade entre homens e mulheres no acesso aos cargos dos tribunais de segundo grau; no segundo, examina-se o conteúdo da teoria da integridade política formulada por Dworkin; no terceiro, faz-se o cotejo das exceções contidas na norma administrativa com o princípio constitucional da igualdade, sob a perspectiva da teoria da integridade política.

Quanto à metodologia, foi empregado o método indutivo, com a utilização das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento[13].

1 A RESOLUÇÃO CNJ N. 525/2023 COMO AÇÃO AFIRMATIVA PARA CORRIGIR A DESIGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO ACESSO AOS CARGOS DOS TRIBUNAIS[14]

O princípio fundamental da dignidade humana e o direito fundamental à igualdade são as bases sobre as quais estão edificadas as ações afirmativas[15]. A garantia à igualdade requer seja ela considerada não apenas na sua dimensão formal – inserta na expressão de que “todos são iguais perante a lei”

---

[11] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 265-266. Título original: Law’s empire.

[12] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[13] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

[14] Parte deste item foi baseada na obra: RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência psicológica contra a mulher**: dano emocional e aspectos criminais. 3 ed. Florianópolis: Emais, 2022.

[15] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 268-269.

que consta no art. 5º, caput, da Constituição da República[16] –, mas também na dimensão material. A igualdade, ensina Bobbio, demanda sejam as pessoas situadas nos mesmos pontos de partida, o que ele chamou igualdade de oportunidade ou de chances. Se as condições sociais e materiais das pessoas são diversas, explica o citado autor, pode ser necessário introduzir, artificialmente, discriminações que concedam, aos mais vulneráveis, algum tipo de vantagem. Ao corrigir uma desigualdade precedente, essas discriminações, ditas positivas, convertem uma desigualdade em instrumento de igualdade[17].

Igualdade é o que vêm buscando as mulheres ao longo da história, notadamente a partir do final do século XVIII, em período próximo à Revolução Francesa. No Brasil, os movimentos feministas se fortaleceram a partir dos movimentos feministas surgidos na Europa e nos Estados Unidos. Das lutas emancipatórias se desenvolveu o conceito de gênero e se reconheceram os direitos das mulheres. O ordenamento jurídico brasileiro incorporou os tratados e convenções internacionais de direitos humanos das mulheres até que, em 2006, foi promulgada a Lei Maria da Penha[18]. Dois dos principais instrumentos internacionais relativos às mulheres são a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação (CEDAW), considerada declaração dos direitos da mulher, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ambas ratificadas pelo Brasil.

Foram esses documentos – além, é claro, dos dispositivos constitucionais e legais, neles inspirados – que serviram de base à Resolução CNJ n. 525/2023[19]. Reconheceu o órgão judiciário que a mera passagem do tempo se tem mostrado insuficiente a alteração do panorama de desequilíbrio entre homens e mulheres nas cortes brasileiras de segundo grau. Além do reduzido percentual de mulheres na carreira da magistratura como um todo,

---

[16] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

[17] BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Liberdad.** Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993, p. 78-79. Título original: Equaglianza y Libertà

[18] RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência psicológica contra a mulher**: dano emocional e aspectos criminais. 3 ed. Florianópolis: Emais, 2022, p. 55.

[19] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

pesquisas apontam para uma estagnação na participação feminina nas vagas dos tribunais do país.

Isso se deve - de acordo com a conselheira do CNJ Salise Sanchotene, relatora do ato normativo - às desigualdades promovidas pelos estereótipos de gênero. Ao distribuírem papeis sociais de modo desigual, os estereótipos produzem, no que se refere à carreira da magistratura, uma carga discriminatória indireta e, por via de consequência, ambientes preponderantemente masculinos de poder[20].

Para superar tamanhas desigualdades históricas, o CNJ fez uma aposta na ação afirmativa. Por meio da Resolução CNJ n. 525/2023[21], estabeleceu critérios ao preenchimento das vagas dos tribunais de 2º grau relativas à promoção por merecimento, até que se alcance a proporção de 40% a 60% por gênero.

Mais que isso, a Resolução CNJ n. 523/2023[22] instituiu uma ação afirmativa com base no que Dworkin denomina de responsabilidade de grupo, derivada da existência de uma comunidade política personificada, isto é, de uma comunidade que adota princípios próprios de moral política[23]. Nesse tipo de responsabilidade, a obrigação de reparação não se fixa a partir da aferição da culpa individual de seus membros, mas em razão do dano coletivo que a conduta da comunidade política personificada tenha causado.

A teoria da responsabilidade de grupo, assim, fundamenta a obrigação coletiva por erros do passado[24]. Mas com uma particularidade: pelo princípio da igualdade, os efeitos da reparação do dano coletivo devem ser suportados indistintamente por todos os membros da comunidade. Não há como imputar a

---

[20] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Ato Normativo n. 0005605-48.2023.2.00.0000.** Relator: Salise Sanchotene. Brasília, DF, 26 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=54645&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0. Acesso em: 26 mai. 2024.

[21] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[22] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[23] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 204-208. Título original: Law's empire.

[24] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 208-210. Título original: Law's empire.

reparação a uma parcela da comunidade quando a responsabilidade for aferida a partir da conduta da instituição como um todo. Afinal, se as pessoas não têm responsabilidade individual por atos de que não tinham controle ou nos quais não tomaram parte, não podem agora ser apenadas singularmente.

Vale ressaltar que o Brasil tem essa característica de comunidade política personificada a justificar a ação afirmativa com base na responsabilidade de grupo. Sua Constituição adota princípios de moral política, como a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa[25], dentre outros[26]. Por isso mesmo, pode convocar o grupo à reparação do dano coletivo causado por tantas desigualdades históricas de gênero.

2 A TEORIA DA INTEGRIDADE POLÍTICA

A teoria do direito como integridade promove a continuidade de princípios de moralidade política, ao contribuir para a mudança orgânica da sociedade[27]. Desenvolvida por Dworkin[28], a teoria, argumentativa considera o direito como conjunto único e coerente de princípios. Esse sistema permite que as diversas situações da vida em sociedade – e que evoluem à medida em que

[25] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político" (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024).

[26] Com base na teoria de Dworkin, pode-se afirmar que o princípio da igualdade que consta no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, constitui um princípio de moralidade política. Ele decorre do compromisso assumido pela sociedade no inciso IV do art. 3º do mesmo Texto Constitucional de "[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024).

[27] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 229-230. Título original: Law's empire.

[28] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187.

os cidadãos se tornam mais sofisticados – sejam ajustadas sem a necessidade de um maior detalhamento de regras na legislação[29].

Os princípios, para Dworkin, traduzem um conceito da moral política da comunidade, isto é, de valores que não se submetem às crenças, convicções pessoais ou opinião da maioria dos cidadãos[30]. Corresponde, segundo o autor, a "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade"[31]. Não constitui, assim, um objetivo social - um fim a ser alcançado pela sociedade - e nem uma regra social, pois dele não se segue uma consequência jurídica imediata[32].

A integridade política aspira que os atos de governo sejam executados de forma coerente e fundamentado em princípios, dispensando a todos os mesmos padrões fundamentais de justiça e de equidade que outorga a alguns[33]. Trata-se, segundo Dworkin, um ideal político, uma vez que a política, para ele, significa o "tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade"[34].

Na política, a integridade posiciona-se ao lado dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal adjetivo, porém de forma distinta e independente. O princípio da equidade política diz respeito ao procedimento de distribuição do poder de modo adequado, o princípio da justiça política se refere às decisões que as instituições políticas devem tomar, enquanto o

---

[29] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, *passim*. Título original: Law's empire.
[30] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 204. Título original: Taking rights seriously.
[31] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36. Título original: Taking rights seriously.
[32] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, *passim*. Título original: Taking rights seriously.
[33] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 201. Título original: Law's empire.
[34] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36. Título original: Taking rights seriously.

princípio do devido processo legal envolve o procedimento para o julgamento do cidadão que infringiu as leis instituídas pelos procedimentos políticos[35].

Ocorre que, na política, existem casos em que os princípios da justiça e da equidade entram em conflito. Uma decisão política pode ser imparcial e ao mesmo tempo injusta, como, também, pode ser justa e ao mesmo tempo parcial. Nessas situações, um deles deve ser sacrificado, pois não há possibilidade de satisfação de ambos[36].

Mas qual desses princípios em conflito deve prevalecer? A resposta é fornecida pela integridade política. Enquanto virtude independente, a integridade determina que as decisões políticas devam manter a coerência de princípios de moral política[37] para assegurar que todos os indivíduos sejam tratados pelas autoridades como iguais. Com isso, o princípio – de justiça ou de equidade - que mais se mostrar coerente com os demais princípios de moral política adotados pela comunidade é que deve sobressair[38].

A integridade da concepção da igualdade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar as substâncias das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste em que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto aspecto do direito[39].

A integridade, enquanto conjunto coerente de princípios, deve existir tanto na legislação – que é o ato de materialização das decisões políticas –

---

[35] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 200 e 203. Título original: Law's empire.

[36] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 214-215. Título original: Law's empire.

[37] Para Dworkin, princípios de moral política são os princípios éticos adotados pela sociedade enquanto comunidade personificada. Não se confundem com princípios de moral convencional ou popular que estão ligados às crenças e convicções da maioria dos cidadãos (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 199-204. Título original: Law's empire).

[38] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 212-215. Título original: Law's empire.

[39] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 203. Título original: Law's empire.

quanto na decisão judicial – que é o ato que determina o cumprimento das decisões políticas. Disso resultam, respectivamente, dois princípios da integridade: o princípio da integridade na legislação e o princípio da integridade na prestação jurisdicional[40].

O princípio da integridade na legislação expressa que o legislador, na tarefa de criação do direito, tem o dever de manter o conjunto de leis moralmente coerente quanto aos princípios. Já o princípio da integridade na prestação jurisdicional determina que o julgador, no ato de aplicar e fazer cumprir o direito, também deve manter a coerência quantos aos princípios[41]. Significa que os juízes "devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar"[42]. As resoluções do CNJ, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)[43] como atos normativos primários[44]-[45], equiparam-se ao

---

[40] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 203. Título original: Law's empire.

[41] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, *passim*. Título original: Law's empire.

[42] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 164. Título original: Law's empire.

[43] "AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. [...]" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADC&page=1&pageSize=10&queryString=resolu%C3%A7%C3%A3o%20e%20cnj%20e%20norma%20e%20ato%20e%20prim%C3%A1rio&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 abr. 2024).

[44] Carlos Mário da Silva Velloso escreve que, "por ato normativo, pois, pode-se conceber o ato legislativo, formalmente e/ou materialmente considerado, ou o ato administrativo com o sentido de lei material, isto é, que enuncia uma norma jurídica (regra jurídica), ou um preceito de direito, ou que explica o sentido do seu conteúdo, marcado de imperatividade e generalidade, assim estabelecendo forma de conduta a pessoas indiscriminadas ou discriminadas" (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder regulamentar. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 39, n. 2, p. 29-40, 2017. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2250. Acesso em: 26 maio. 2024).

ato legislativo. Estão, portanto, sujeitas ao princípio de integridade na legislação.

Tal princípio rejeita as leis que tiverem sido elaboradas a partir da conciliação interna. Procedimento salomônico, a conciliação interna trata a moralidade política de uma comunidade como "um tipo de mercadoria a ser distribuída de acordo com a justiça distributiva, um bolo que deve ser equitativamente dividido dando-se a cada grupo a parte que lhe cabe"[46]. Ela institui uma distinção arbitrária, que nega a determinada parcela de uma categoria o mesmo direito subjetivo que é concedido a outra por força de um princípio de moralidade política. Imaginemos, a título de exemplo, uma lei que, embora editada com fundamento no princípio da proteção do consumidor, estabelecesse que a responsabilidade civil por defeito do produto se aplicaria apenas aos fabricantes de automóveis, sem impor a mesma responsabilidade aos demais fornecedores de outros artigos manufaturados[47]. Como consequência dessa conciliação interna, as situações materialmente idênticas de acordo com a lei – defeito do produto – receberiam tratamento distinto[48].

Na conciliação interna, o legislador volta os olhos às consequências. Considera ser melhor para a sociedade a existência de uma lei que permita a implementação parcial de um princípio de moralidade política do que a ausência dele[49]. Age como se fosse possível aplicar uma solução negociada para a implementação de um princípio de moralidade política[50].

---

[45] O adjetivo primário identifica a norma que encontra a sua validade na própria Constituição (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário jurídico [Tesauro]**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=ATO%20NORMATIVO#:~:text=NOTA%3A-,O%20ato%20normativo%20prim%C3%A1rio%20%C3%A9%20norma%20que%20retira%20o%20seu,que%20orientam%20a%20sua%20elabora%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 2 mai. 2024).

[46] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 216. Título original: Law's empire.

[47] Também são exemplos de leis conciliatórias: (i) a lei que, baseada no princípio da liberdade, concede o direito de aborto apenas às mulheres nascidas nos anos pares; (ii) a lei que, escorada no princípio da igualdade, proíbe a discriminação racial mas apenas nos ônibus (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 216. Título original: Law's empire).

[48] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 216-217. Título original: Law's empire.

[49] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 221. Título original: Law's empire.

[50] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 230. Título original: Law's empire.

Mas qual o defeito de uma lei elaborada a partir da conciliação interna? Sem dúvida, o legislador detém competência para instituir leis que contemplem distinções arbitrárias. É o que ocorre, por exemplo, na legislação urbanística, quando se estabelece o que pode – e o que não pode – ser edificado em um terreno. O ponto nodal da diferença está no fato de que, na conciliação interna, o legislador não institui a distinção com base em situações objetivas que justifiquem tratar os desiguais de maneira desigual, mas por meio de um seccionamento que em muito se assemelha ao método de Procusto. Ele concede um direito subjetivo a apenas alguns membros de uma categoria, como que adotando um meio-termo na aplicação do princípio de moralidade política que lhe serve de base. Como consequência, acaba instituindo uma severa distinção entre os integrantes de uma mesma categoria e que, por uma questão de igualdade, deveriam receber o mesmo tratamento[51].

A conciliação interna, ao fazer uma concessão à custa do sacrifício da integridade do princípio de moralidade política que lhe dá sustento, viola a teoria da integridade política. Ela desconsidera que as leis devam formar um sistema coerente de princípios e não simplesmente servir de instrumento a restringir o alcance do princípio de moralidade política que lhe sirva de base. Ao ignorar que, na política, nenhum cidadão, a não ser quando existam fundadas razões, pode ser excluído do alcance de um princípio de moralidade política ou sacrificado como um soldado ferido que é deixado no campo de batalha, trata um princípio de moralidade política como se fosse uma questão de resultado[52].

Nessa linha de raciocínio, é possível assumir que a teoria da integridade política determina que as leis que busquem materializar questões de moralidade política devam manter uma coerência de princípios. Se uma lei for instituída com base na conciliação interna, isto é, se endossar princípios para justificar uma parte de seus atos e, ao mesmo tempo, rejeitá-los para justificar o restante, ela estará violando a integridade política. Nas palavras de Dworkin,

---

[51] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, *passim*. Título original: Law's empire.

[52] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, *passim*. Título original: Law's empire.

“o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado”[53].

3 A OFENSA DA RESOLUÇÃO CNJ N. 525/2023 AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A partir da Teoria da Integridade, é possível inferir que a Resolução CNJ n. 525/2023[54], que incluiu o artigo 1-A na Resolução CNJ n. 106/2010[55], por incoerência de princípio, ofende a igualdade. Ora, o que motivou a ação afirmativa foi a disparidade de gênero no judiciário brasileiro, de modo geral. Reconheceu o CNJ que todos os tribunais do país se ressentem de uma participação paritária entre homens e mulheres, com nítidas desvantagens para essas últimas, e que uma discriminação positiva no provimento dos cargos seria indispensável à garantia de uma maior representatividade feminina. Chamou, para reparar o dano coletivo, o grupo. O problema foi a conciliação interna que se seguiu. Houve uma escolha arbitrária, no universo de cargos de magistrados, pelos magistrados dos tribunais de segundo grau das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho. Deixou de lado, o ato normativo, três grandes segmentos da magistratura nacional: (i) os cargos no CNJ, nos tribunais superiores e nos tribunais das Justiças Eleitoral e Militar; (ii) os cargos nos tribunais de segundo grau destinados ao quinto constitucional; e (iii), no âmbito dos tribunais das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, o acesso aos cargos às magistradas que não integram a lista de antiguidade da última ou única entrância na carreira da magistratura.

A escolha é arbitrária porque desprovida de qualquer fundamento que a justifique. Vamos aos números, a começar pelo próprio CNJ: dos 15 cargos de Conselheiro, apenas quatro são providos por mulheres. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) a situação é ainda pior: apenas cinco dos 33 cargos de

---

[53] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 223. Título original: Law’s empire.

[54] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[55] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010**. Brasília, DF, [2010]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168. Acesso em: 26 mar. 2024.

Ministro são ocupados por mulheres[56]. Tamanhas desproporções são também operadas no Tribunal Superior Eleitoral (TSE)[57] e no Superior Tribunal Militar (STM)[58].

No que se refere às vagas do quinto constitucional, da mesma forma. Tomemos de exemplo o Estado de Santa Catarina. No Tribunal de Justiça, de um total de 20 cargos reservados ao quinto constitucional, apenas dois são providos por mulheres[59], e no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, dos quatro cargos reservados ao quinto constitucional, apenas um é preenchido por mulher[60]. Englobando os três estados da Região Sul do país, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem apenas um dos oito cargos reservados ao quinto constitucional composto por mulher[61]. O cenário se repete em todo o Brasil.

De igual modo as disparidades de gênero, no âmbito dos tribunais das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, ocorrem em todo o universo de magistradas e não exclusivamente na reduzida lista de antiguidade da única ou última entrância. Exemplo disso é que, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, estacionados no degrau inicial da carreira – o de juiz substituto – 10 dentre os 15 magistrados, considerando os vitalícios, são mulheres. Sem contar as três juízas substitutas, que no último ano, após cerca de duas décadas, promoveram-se à entrância inicial[62].

---

[56] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Composição**. Brasília, 10 abr. 2024a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao. Acesso em: 13 abr. 2024.

[57] Do total de 7 (sete) cargos de Ministro, apenas 2 (dois) são providos por mulheres (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Apresentação.** Brasília, [s.d.]. Disponível em: https://www.tse.jus.br/institucional/ministros/apresentacao. Acesso em: 21 abr. 2024).

[58] Do total de 15 (quinze) cargos de Ministro, apenas 1 (um) é provido por mulher (BRASIL, Superior Tribunal Militar. **Composição da corte**. Brasília, [s.d.]. Disponível em: https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/composicao-corte-2/lista-antiguidade. Acesso em: 21 abr. 2024).

[59] SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Composição do Tribunal de Justiça – ordem alfabética**. Florianópolis, [s.d.]a. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/composicao-ordem-alfabetica. Acesso em: 21 abr. 2024.

[60] BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Desembargadores**. Florianópolis, [s.d.]. Disponível em: https://portal.trt12.jus.br/desembargadores. Acesso em: 21 abr. 2024.

[61] BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Composição da corte.** Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=834&seq=1|327. Acesso em: 21 abr. 2024.

[62] SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Quadro de movimentações da magistratura**. Florianópolis, 22 mai. 2024. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/1353653/1385578/Quadro+de+movimenta%C3%A7%C3%

Se os números não justificam as exceções, as razões de ordem jurídica tampouco. Devemos lembrar que o Poder Judiciário, assentou o STF, "por determinação de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I e III, da Carta Magna), é nacional e unitário, o que implica que todos os magistrados estejam sujeitos ao mesmo regime jurídico garantidor de suas obrigações e garantias"[63].

Integram esse regime jurídico unitário as normativas do CNJ. Todos os tribunais do país - à exceção do STF - estão sujeitos ao controle administrativo do órgão[64]-[65]. As resoluções do CNJ, que tem caráter vinculante - conforme consta no Regimento Interno do Órgão[66] -, nada mais são que atos normativos primários, cujo objeto é a organização e o funcionamento do Poder Judiciário, de caráter geral e efeito *erga omnes*. Logo, é fora de questão que o provimento de todos os cargos, sejam eles do CNJ, dos tribunais superiores, dos tribunais das Justiças Eleitoral ou Militar e dos tribunais de segundo grau, independentemente de a nomeação decorrer de ato simples ou envolver atos complexos que exigem a participação do Poder Legislativo e/ou do Executivo, devem seguir escrupulosamente as regras editadas pelo órgão de controle, incluída a própria Resolução CNJ n. 525/2023[67]. Vale dizer: ou as regras

---

B5es+da+magistratura+%28Quadro+de+Antiguidade%29/946bd1cc-d4e8-444d-adaa-72caf6a62e72. Acesso em: 21 abr. 2024.

[63] BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.854.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439812/false. Acesso em: 25 mai. 2024.

[64] No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.367 ficou assentado que a atribuição de controle conferida ao CNJ abarca todos os Tribunais que, na Constituição da República, estejam situados abaixo do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367.** Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 13 de abril de 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95163/false. Acesso em: 25 mai. 2024).

[65] Ainda, o artigo 1º da Resolução CNJ n. 216/2016 também expressa que a competência de controle do órgão incide sobre todos os Tribunais, a exceção do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 216, de 2 de fevereiro de 2005.** Brasília, DF, [2016]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2245#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20efic%C3%A1cia%20e,no%20tocante%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20Eleitoral. Acesso em: 26 mai. 2024).

[66] "Art. 102. O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações. [...] § 5º As Resoluções e Enunciados Administrativos terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça e no sítio eletrônico do CNJ. [...]" (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno**, de 3 de março de 2009. Brasília, DF, [2009]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124. Acesso em: 1 abr. 2024).

[67] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

constitucionais sobre o provimento de cargos da magistratura valem para todos os tribunais ou não valem para nenhum.

Ao invés de corrigir a desigualdade de gênero, a exceção arbitrária incorre "numa distribuição equitativa do poder político entre as diferentes facções morais"[68]. A distinção, portanto, compromete o princípio constitucional da igualdade.

Também não há fundamento a afastar da normativa as magistradas que não integram a lista de antiguidade da última ou única entrância na carreira da magistratura. A desigualdade de gênero, razão última da ação afirmativa, afeta indistintamente todas as magistradas e, com maior vigor, aquelas que, exatamente pelas questões de ordem socioestrutural, sequer puderam iniciar[69] ou, então, progredir na carreira[70]. Uma vez que a ascensão nas entrâncias implica, de modo geral, em mudança de domicílio, muitas magistradas recusam as promoções e vão ficando para trás. Donde ressai a "estagnação na participação delas nas vagas dos tribunais do país", tal como reconhecido no acórdão do ato normativo[71].

Nem se argumente que as desigualdades de gênero atuam de forma diferenciada nas vagas reservadas ao quinto constitucional. Os mesmos estereótipos de gênero, que distribuem papeis sociais desiguais a homens e mulheres - e que por isso acarretam imobilidades às juízas de carreira - também se apresentam às candidatas às vagas do quinto. O processo de escolha envolve três extenuantes escrutínios – pela classe de origem, pelo tribunal pretendido e pelo Presidente da República ou Governador do Estado[72]

---

[68] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 217. Título original: Law's empire.

[69] Note-se a situação das inúmeras magistradas que, questões familiares, permanecem com juízas substitutas por não terem condições de mudar o local da residência.

[70] Basta ver a quantidade de magistradas que não progridem na carreira pelas dificuldades de natureza socioestrutural de mudar a residência para outra cidade.

[71] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024

[72] "Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação" (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988].

– que acabam por colocar em nítida desvantagem eventuais mulheres interessadas. O resultado da pouca procura e da pequena escolha por pessoas do gênero feminino se reflete no reduzido número de mulheres ocupantes desses cargos.

Portanto, a Resolução CNJ n. 525/2023[73], ao subtrair de sua incidência as vagas nos tribunais das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho reservadas ao Ministério Público e à Ordem dos Advogados do Brasil, em verdade, manifesta uma decisão política de resultado – ou pragmática: considera que é melhor a equalização na maior parte das vagas do que perpetuar a desigualdade de gênero naqueles espaços[74]. Esse tipo de decisão política conciliatória, que trata "as pessoas diferentemente quando nenhum princípio pode justificar a distinção", fere de morte a integridade do princípio da igualdade"[75].

Mais que isso: a normativa atribui o ônus da reparação de grupo apenas a uma parcela - os juízes de carreira - como se os demais homens que são operadores jurídicos – os membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil – não fizessem parte do grupo social e não fossem igualmente responsáveis pela correção das desigualdades históricas de gênero. Também por esse motivo, viola o ato normativo a integridade do princípio da igualdade.

Por fim, a exceção contida na Resolução CNJ n. 525/2023[76] - de que a lista exclusiva de mulheres, na promoção por merecimento, deverá observar o critério dos quintos sucessivos apurado exclusivamente na última entrância -,

---

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024).

[73] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[74] Para exemplificar a tese da decisão política que considera o resultado, Ronald Dworkin pontua que "as pessoas que acreditam profundamente que o aborto é sempre um assassinato, por exemplo, podem de fato pensar que a lei conciliatória sobre o aborto é melhor do que uma lei totalmente permissiva. Acham melhor que haja menos do que mais crimes, não importa quão incoerente seja o acordo que diminui sua ocorrência" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 221. Título original: Law's empire).

[75] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 219. Título original: Law's empire.

[76] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

traduz verdadeira atitude de conciliação interna, que sacrifica a integridade do princípio da igualdade. Conquanto o ato normativo tenha por finalidade corrigir as desigualdades existentes entre homens e mulheres no mundo dos fatos, acabou instituindo uma distinção arbitrária que restringe a aplicação do princípio da igualdade a uma parcela das magistradas – as que conseguiram ascender à única ou à última entrância da carreira da magistratura. As demais juízas, que também sofrem os efeitos da desigualdade – e que deveriam receber a mesma consideração legislativa - foram excluídas da ação afirmativa, situação que viola frontalmente a integridade do princípio da igualdade.

Quanto ao argumento de que o procedimento de provimento dos cargos da carreira da magistratura nos Tribunais de Justiça positivado na Constituição da República encerra obstáculo à incidência das disposições da Resolução CNJ n. 523/2023[77], vale lembrar que o artigo 93, inciso III, da Constituição da República[78], quando preceitua que "o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância", não estabelece qualquer distinção de gênero.

Por via de consequência, decidindo o CNJ interpretar a regra constitucional à luz do princípio da igualdade, não poderia fazê-lo apenas em parte, tão somente para incluir a distinção de gênero. A interpretação baseada em princípio deve incidir sobre todos os aspectos da regra constitucional, no que se inclui o requisito da lista apurada na única ou última entrância. Considerar a incidência do princípio da igualdade apenas sobre uma parte da regra constitucional – da lista de antiguidade na única ou última entrância -, representa verdadeira conciliação interna que ofende a teoria da integridade política. E, como pontua Dworkin, "se as soluções conciliatórias têm um defeito, este deve estar na característica que as distingue das outras, no fato de tratarem as pessoas diferentemente quando nenhum princípio pode justificar a distinção"[79].

---

[77] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[78] BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

[79] DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 219. Título original: Law's empire.

Desse modo, transparece claro, sob o olhar da teoria da integridade política, que as exceções contempladas na Resolução CNJ n. 525/2023[80] violam o princípio da igualdade. Em virtude das restrições de aplicabilidade previstas na normativa, o princípio da igualdade acaba sendo afirmado para um grupo e negado para outro, não obstante todas as mulheres se encontrem na mesma situação de desigualdade socioestrutural. Isso é revelador da incoerência que vulnera a integridade do princípio da igualdade e, por conseguinte, demonstra a inconstitucionalidade material[81] das exceções apontadas[82].

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi com base na CEDAW, na Convenção do Belém do Pará e nos dispositivos constitucionais e legais inspirados nesses importantes instrumentos internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que o CNJ editou a Resolução n. 525/2023[83]. O ato normativo, com força de lei, instaurou uma discriminação positiva no sistema de acesso aos cargos dos tribunais de segundo grau das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, até que se alcance a proporção desejada de 40% a 60% por gênero. Reconheceu que a mera passagem do tempo se tem demonstrado insuficiente à correção das desigualdades de gênero no Judiciário brasileiro e convocou o grupo a reparar os danos coletivos causados às mulheres por erros do passado.

---

[80] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

[81] Miranda destaca que "[...] qualifica-se então a inconstitucionalidade de *material,* quando é ofendida uma norma constitucional de fundo [...]" (MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 609). E, sobre o conceito de norma constitucional de fundo, o mesmo autor pontua que são aquelas que regulam as relações entre a sociedade e o Estado, sobretudo aquelas que de caráter jusfundamental (*Ibidem*, p. 411).

[82] De acordo com Novais, "se um comportamento, um acto, uma omissão ou uma norma contradizem o princípio da dignidade humana ou o princípio da igualdade ou o princípio da proporcionalidade, então esse comportamento, acto, omissão ou norma são, pura e simplesmente, inconstitucionais, sempre" (NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de estado de direito**. Lisboa: Editora Almedina, 2019, p. 14).

[83] BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

Promoveu, dessa forma, uma ação afirmativa fundada naquilo que Dworkin chama de responsabilidade de grupo.

Pecou, todavia, o órgão de controle, em dois pontos: primeiro, dentro do grupo, elegeu aqueles que deverão arcar, sozinhos, com essa obrigação. Sem indicar qualquer fundamento, atribuiu o ônus da reparação histórica exclusivamente aos juízes de carreira das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, deixando de lado os membros do próprio CNJ, dos tribunais superiores e das Justiças Eleitoral e Militar. Também excluiu da responsabilidade os membros do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil. Segundo, distribuiu o bônus da igualdade apenas às juízas que integram a lista de antiguidade da última ou única entrância na carreira.

Essa distinção – arbitrária - representa uma verdadeira conciliação interna a violar o princípio da integridade. Trata as pessoas diferentemente sem que haja qualquer princípio a justificar a distinção.

Se o CNJ decidiu interpretar as regras constitucionais de acesso aos cargos do Poder Judiciário a partir da igualdade, tinha o dever de manter a regra moralmente coerente com o princípio. Afirmar o princípio fundamental a um grupo e negá-lo a outro, alheio ao fato de que todas as mulheres se encontram no mesmo contexto de desigualdade socioestrutural, é incorrer em uma incoerência que vulnera o princípio da igualdade e demonstra, por via de consequência, a inconstitucionalidade material dessas exceções.

Não há hipótese de se promover a tão almejada igualdade de gênero nos tribunais brasileiros - fim último dessa importante ação afirmativa - se se vai excluir, mais uma vez, e sem fundamento, uma parcela das mulheres. Fazer isso é o mesmo que abandonar, no campo de batalha, o soldado ferido.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y Liberdad.** Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1993, p. 78. Título original: Equaglianza y Libertà

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, [1988]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 216, de 2 de fevereiro de 2005.** Brasília, DF, [2016]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2245#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20efic%C3%A1cia%20e,no%20tocante%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a%20Eleitoral. Acesso em: 26 mai. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno**, de 3 de março de 2009. Brasília, DF, [2009]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124. Acesso em: 1 abr. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 106, de 6 de abril de 2010**. Brasília, DF, [2010]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 525, de 26 de setembro de 2023.** Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (Plenário). **Ato Normativo n. 0005605-48.2023.2.00.0000.** Relator: Salise Sanchotene. Brasília, DF, 26 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=54645&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0. Acesso em: 26 mai. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Composição**. Brasília, 10 abr. 2024a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao. Acesso em: 13 abr. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal Militar. **Composição da corte**. Brasília, [s.d.]b. Disponível em: https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/composicao-corte-2/lista-antiguidade. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367.** Relator: Cezar Peluso. Brasília, DF, 13 de abril de 2005. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95163/false. Acesso em: 25 mai. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12**. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&processo_classe_processual_unificada_classe_sigla=ADC&page=1&pageSize=10&queryString=resolu%C3%A7%C3%A3o%20e%20cnj%20e%20norma%20e%20

ato%20e%20prim%C3%A1rio&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 abr. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.854.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439812/false. Acesso em: 25 mai. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Vocabulário jurídico [Tesauro]**. Brasília [s.d.]c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/tesauro/pesquisa.asp?pesquisaLivre=ATO%20NORMATIVO#:~:text=NOTA%3A-,O%20ato%20normativo%20prim%C3%A1rio%20%C3%A9%20norma%20que%20retira%20o%20seu,que%20orientam%20a%20sua%20elabora%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 2 mai. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Composição da corte.** Porto Alegre, [s.d.]d. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=834&seq=1|327. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Desembargadores.** Florianópolis, [s.d.]e. Disponível em: https://portal.trt12.jus.br/desembargadores. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Apresentação.** Brasília, [s.d.]f. Disponível em: https://www.tse.jus.br/institucional/ministros/apresentacao. Acesso em: 21 abr. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Título original: Taking rights seriously.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Título original: Law's empire.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim *et al*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional:** direitos fundamentais. T. IV. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de estado de direito**. Lisboa: Editora Almedina, 2019.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **Violência psicológica contra a mulher**: dano emocional e aspectos criminais. 3 ed. Florianópolis: Emais, 2022.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Do Poder regulamentar. **Revista do Serviço Público**, [S. l.], v. 39, n. 2, p. 29-40, 2017. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2250. Acesso em: 26 maio. 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Composição do Tribunal de Justiça – ordem alfabética**. Florianópolis, [s.d.]a. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/composicao-ordem-alfabetica. Acesso em: 21 abr. 2024.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Quadro de movimentações da magistratura.** Florianópolis, 22 mai. 2024b. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/1353653/1385578/Quadro+de+movimenta%C3%A7%C3%B5es+da+magistratura+%28Quadro+de+Antiguidade%29/946bd1cc-d4e8-444d-adaa-72caf6a62e72. Acesso em: 21 abr. 2024.

DIREITO TRANSNACIONAL E SUAS FONTES NORMATIVAS: O desafio da implementação e integração entre os diferentes sistemas normativos

TRANSNATIONAL LAW AND ITS NORMATIVE SOURCES: The challenge of implementation and integration between different regulatory systems

João Baptista Vieira Sell[1]

Resumo: O surgimento do Estado Moderno determinou uma nova ordem global consubstanciada na centralização do poder do Estado pautada na soberania de suas decisões, nos limites de seu território, e o monopólio da produção normativa. Os avanços tecnológicos e a ampliação do comércio internacional determinaram a queda das fronteiras físicas entre os países permitindo maior conexão e interdependência entre eles. A globalização econômica e jurídica acarretou a perda da soberania do Estado cedendo espaço a novos atores responsáveis pela produção de fontes normativas não estatais. Este artigo propõe que, diante do pluralismo jurídico, deve o Estado evoluir de modo a preservar a legislação nacional sem prejuízo à incorporação ao ordenamento jurídico das normas transnacionais benéficas à sociedade. O método utilizado é indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: estado moderno; globalização; fragmentação do poder; pluralismo jurídico.

Abstract: The emergence of the Modern State determined a new global order embodied in the centralization of State power based on the sovereignty of its decisions, within the limits of its territory, and the monopoly of normative production. Technological advances and the expansion of international trade have led to the collapse of physical borders between countries, allowing greater connection and interdependence between them. Economic and legal globalization has resulted in the loss of State sovereignty, giving way to new actors responsible for the production of non-State normative sources. This article proposes that, given legal pluralism, the State must evolve in order to preserve national legislation without prejudice to the incorporation of transnational norms beneficial to society into the legal system. The method used is inductive, through bibliographical research.

Keywords: modern state; globalization; fragmentation of power; legal pluralism.

INTRODUÇÃO

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha e pela UNIVALI (2016), Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1999). Juiz de Direito de Santa Catarina, email: joaosell13073@gmail.com.

A transição da sociedade feudal para a moderna trouxe profundas mudanças na organização e estruturação do ambiente social. A migração da população para as cidades e o avanço do comércio fizeram florescer uma nova classe social, a burguesia. A concentração da população nos novos centros urbanos e a pressão exercida pela burguesia deram azo ao nascimento do capitalismo, nosso atual modelo econômico, baseado na ideia de lucro e acumulação de riquezas, e com ele a necessidade da centralização do poder político, jurídico e econômico.

A instabilidade gerada pela diversidade e fragmentação de poder consistia em óbice ao interesse da nova classe social, que almejava instituir um novo modelo de produção econômica. Surgia o Estado Moderno, que tinha como característica a centralização do poder, exercendo-o com soberania nos limites de seu território, pois detinha o monopólio na tomada de decisões e na aplicação das normas.

Os avanços tecnológicos e o comércio internacional acarretaram nova modificação na estrutura das sociedades ao determinar uma maior aproximação entre os povos e, consequentemente, uma maior interconexão e interdependência entre eles. O processo de globalização econômica determinou a derrubada das fronteiras físicas entre os países e a miscigenação cultural, econômica e social entre os povos.

Tal fato acarretou a perda da soberania do Estado, com a modificação da organização política da sociedade, não mais centrada no território, autoridade e direito, e o surgimento de novos atores não estatais com poder persuasivo e normativo. Essa pluralidade normativa deu ensejo à globalização jurídica, impulsionada, inicialmente, pela necessidade de harmonização entre os diferentes ordenamentos jurídicos em áreas afetas aos direitos humanos.

Com isso, o Estado novamente perdeu parcela significativa de seu poder, agora normativo, já que, diante dos constantes progressos da sociedade, perdeu a capacidade de regulamentar adequadamente os problemas que surgem em um mundo globalizado. Assim, deixou de exercer o monopólio da produção de normas jurídicas, dividindo-a com novos atores não estatais.

A principal técnica utilizada pelos entes não estatais para a produção de novas fontes normativas é a desregulamentação, que opera de duas

maneiras: pela abstenção ou intervenção. Também é utilizado o mecanismo do soft law, consistente na utilização de mecanismos menos rígidos de regulamentação.

Ainda convém mencionar a existência das regras de conduta, utilizadas pelas empresas transnacionais para regulamentar as relações de trabalho de seus funcionários, e as normas técnicas que, apesar de não possuírem normatividade expressa, determinam um padrão a ser observado mundialmente.

Por derradeiro, diante da multiplicidade de normas, deve o Estado atuar com cautela na implementação daquelas provenientes de outras fontes normativas, adotando-as somente quando demonstrem benefícios à sociedade.

1 ESTADO MODERNO E SOBERANIA

O surgimento do Estado Moderno, ocorrido entre os séculos XV e XVII na Europa, foi marcado por significativas alterações nas relações de poder e na estrutura das instituições do Estado.

Na Idade Média, a concentração de poder era extremamente fragmentada, com cada senhor feudal exercendo sua autoridade nos limites territoriais de seu feudo, que era considerado uma pequena propriedade destinada à produção agrícola.

Naquela gleba, o senhor feudal praticava seu poder livremente, regulamentando os direitos e deveres daqueles que residiam e trabalhavam no local, além de defender o território de eventuais invasões que porventura pudessem acontecer.

O poder encontrava-se pulverizado entre os senhores feudais, cada qual exercendo sua autoridade nos estritos limites de suas terras.

Com o incremento da produção agrícola e o aumento populacional, houve migração de parcela significativa de camponeses para as cidades, fazendo florescer o comércio e concentrando o poder econômico nas mãos de uma nova classe social, a burguesia.

A ascensão do poder econômico e político da burguesia, impulsionada pelo comércio e pela ideia de lucro, determinou a necessidade de centralização

política e normativa de modo a gerar segurança nas relações comerciais, não mais adstritas aos limites territoriais do feudo.

Nascia o capitalismo, nosso atual paradigma econômico, e com ele a necessidade de concentração de poder nas mãos do soberano, a quem cabia exercer a plenitude de seus poderes dentro de seus limites territoriais, de forma muito mais ampla que os antigos senhores feudais.

Ressalte-se que a expansão do comércio e das atividades econômicas contribuiu significativamente para o fortalecimento e concentração do poder do Estado, que passou a ter o monopólio na elaboração e implementação das leis e na estruturação das instituições estatais.

Assim, o surgimento do Estado Moderno operou-se de modo gradual e complexo. Dentre suas principais características, destacam-se a territorialidade, consubstanciada na delimitação de suas fronteiras físicas, e a centralização do poder, materializada na capacidade exclusiva de tomar decisões soberanas que afetavam diretamente a população dentro dos limites de seu território.

Infere-se, portanto, que o Estado exercia controle absoluto nas áreas política, jurídica e econômica.

Essa é a linha que pensamento de Bobbio ao destacar que o Estado, como forma suprema de organização de uma comunidade humana, desde suas origens, tende a ser um poder absoluto, que não reconhece limites, por não reconhecer acima de si, nenhum outro poder superior, chamado de soberania[2].

No campo jurídico, a partir de seu surgimento, o Estado nação instituiu uma nova ordem criando um conjunto de normas para disciplinar a vida em sociedade e sua relação com outros Estados.

Pasold, citando Myrdal, aponta o fato de que o Estado se transformou na principal manifestação da sociedade organizada, firmando-se como "*estrutura de controle de quase todas as interferências exercidas por outras instituições e outros grupos de Poder dentro de um país*"[3].

---

[2] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3a ed. Brasília: UNB, 1995, p. 15.

[3] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook. Disponível em:https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/ebooks, p. 22.

As funções do Estado, ainda segundo o doutrinador, sempre se encontram relacionadas à manutenção da lei, ao fomento do Bem Comum e da ordem e à administração dos negócios públicos[4].

Com base nessas premissas o Estado passou a intervir na vida em sociedade com a elaboração de leis que disciplinam e regulamentam o comportamento humano e as relações sociais em seu território nacional.

No tocante à abrangência das leis e a relação entre os Estados Soberanos Carl Schmitt destaca que as normas produzidas pelo Estado nação ficam adstritas às suas fronteiras. O doutrinador ressalta, ainda, que apesar de já existirem relações entre os diferentes impérios aquelas limitavam-se a questões atinentes à paz ou à guerra, faltando a ideia de uma ordem comum global[5].

Deste modo, exercia o Estado o poder absoluto na produção normativa, disciplinando as relações sociais e comportamentais nos limites geográficos de seu território não permitindo a interferência de quaisquer fontes externas.

Todavia, em que pese sua importância, veremos no item a seguir que o processo de globalização determinou o enfraquecimento do poder de decisão dos Estados, além de uma maior interdependência entre as nações já que houve a "derrubada" das fronteiras físicas entre os Estados ditos soberanos.

2 GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Ao longo dos séculos, vêm ocorrendo constantes modificações na sociedade, nos aspectos político, econômico e social, que influenciam o modo de vida de seus habitantes. Uma das modificações mais significativas foi o desmonte das fronteiras físicas e uma maior interdependência econômica, política e cultural entre os países, resultante dos avanços tecnológicos e do comércio internacional.

---

[4] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook. Disponível em:https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/ebooks, p. 23.

[5] SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**.Trad. Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et al. 1.ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2014, p. 45.

O processo de globalização iniciou-se na área econômica, especialmente com a definição de uma economia livre, permitindo que bens e capitais circulassem sem restrições entre as fronteiras do planeta, acarretando uma rápida integração entre as diferentes economias e a conexão entre as diversas sociedades. O advento de novos recursos tecnológicos e o incentivo às práticas consumistas potencializaram o processo de globalização econômica, fortalecendo o mercado internacional e determinando drásticas modificações no conceito de soberania dos Estados.

Essa integração econômica internacional não observa as limitações fronteiriças dos Estados. Pelo contrário, dado o poderio econômico das grandes empresas transnacionais, estas ditam as normas de mercado, desafiando e restringindo a atuação da autoridade estatal em relação à política econômica interna. Vislumbra-se o surgimento de novos atores não estatais, com forte poder econômico e persuasivo, que interferem diretamente nas normas e no fluxo do mercado econômico internacional, determinando o enfraquecimento do poder dos Estados na seara econômica.

Convém salientar, todavia, que o processo de globalização não se limita à questão econômica. É muito mais abrangente, envolvendo vários setores da comunidade, dado seu caráter multidisciplinar, além de novas fontes de poder, notadamente das entidades supranacionais. Sem adentrar no mérito do lado positivo ou negativo do processo de globalização, é fato incontroverso que se trata de um processo duradouro, porquanto não se vislumbra possível o retorno ao período anterior à globalização, especialmente considerando os novos aspectos culturais disseminados em uma sociedade capitalista.

Esse novo estilo de vida, pautado no modelo capitalista e consumista, determinou uma maior interconexão entre as sociedades e seus habitantes.

Saskia Sassen, atenta a este fenômeno, demonstra que o processo de globalização opera a desnacionalização em diversas áreas, cuidadosamente construídas como parte do nacional, e que algumas cidades (cidades globais) exercem um papel importante na disseminação e desenvolvimento de

diferentes ideias, serviços e produtos, permitindo uma maior interação entre as diferentes sociedades[6].

Sem dúvida, sobretudo diante dos avanços tecnológicos, as cidades tornaram-se mais globalizadas, estabelecendo novos padrões sociais, culturais e econômicos. Infere-se, portanto, que o processo de globalização, além de ser responsável pelo enfraquecimento do poder estatal, determinou uma maior interdependência entre os Estados e suas populações, gerada principalmente pelas inovações tecnológicas e pelo poder persuasivo das entidades supranacionais.

Portanto, as novas relações de poder não são mais centralizadas na figura do Estado soberano, com a modificação da interação entre os componentes sociopolíticos: território, autoridade e direitos. De fato, na nova geografia global, as estruturas supranacionais e subnacionais encontram-se interligadas e dependentes umas das outras, fomentando a produção de uma nova ordem cultural, econômica e normativa.

Não se pode olvidar que o aspecto econômico, em uma sociedade capitalista, representa poder de dominação, inclusive determinando alterações nos campos político e jurídico e, consequentemente, em toda a sociedade. Assim, muitas vezes, o poder econômico passa a intervir em outros ramos da sociedade, buscando adequá-los a seus interesses.

Tal fato representa um verdadeiro risco à democracia, com a produção de normas onde o Estado e o Direito passam a ser utilizados como instrumentos da economia, justificando ou moldando os interesses do mercado financeiro. Por outro lado, não se pode desconsiderar que a dinâmica da evolução da sociedade, com constantes processos de integração com outras áreas, demonstra a necessidade de atualização do direito positivo, já que o Estado perdeu a capacidade de disciplinar e regulamentar as novas demandas de uma sociedade global.

O direito tradicional, muitas vezes engessado e distante da realidade social, vem perdendo progressivamente a capacidade de organizar as

---

[6] SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales**. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 46.

sociedades cada vez mais complexas, dada a interdependência operada pela globalização.

Sobre o tema, é interessante trazer à colação o entendimento de Cervantes:

> Las tradicionales normas abstractas, impersonales y estandarizadas del ordenamento, com las cuales se há construído el derecho positivo, pierden continuamente su capacidade para organizar de forma eficaz sociedades cada vez más complejas.[7]

3 GLOBALIZAÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO

O processo de globalização jurídica teve início após o término da 2ª Guerra Mundial e determinou uma profunda modificação no cenário jurídico global. Diante das barbáries praticadas com base nos ordenamentos jurídicos de alguns países, que conferiam legalidade a atos atentatórios à dignidade humana, houve a necessidade de estabelecer uma justiça global.

Era premente a busca de harmonização e regulamentação entre os diferentes ordenamentos jurídicos, de modo a estabelecer unicidade em temas sensíveis, como os relacionados aos direitos humanos.

Sobre o tema, Carl Schmitt reconhece a existência de direitos fundamentais que ultrapassam as fronteiras físicas dos Estados e que são comuns a todos, ressaltando que:

> Pode haver um direito comum universal que se estende para além das fronteiras das gentes fechadas em si (povos, Estados, impérios). Ele pode consistir num padrão constitucional comum ou num mínimo de organização interior cuja existência se presume em concepções e instituições religiosas, civilizacionais e econômicas comuns.[8]

Destarte, teve início um novo período em que instituições internacionais, criadas por acordos multilaterais, introduziram um novo sistema abrangente de direito, almejando disciplinar, de modo mais rápido e efetivo, os anseios da sociedade. Esta ruptura do antigo paradigma do Estado nacional também foi potencializada pelo processo de globalização econômica e pelos avanços

---

[7] CERVANTES, Aleida Hernández. **La Producción jurídica de la globalización económica. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional**. Ciudad de México: UNAM, 2014, p. 112.
[8] SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**. Trad. Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et al. 1.ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2014, p. 216.

tecnológicos, determinando que temas relacionados ao comércio exterior também fossem objeto de tentativa de regulamentação de forma global.

A modificação da tradicional noção de soberania do Estado resultou na perda do controle absoluto sobre seu território e população, pois o poder agora é compartilhado com novos atores não estatais. Com efeito, conforme ressaltado anteriormente, o surgimento do Estado-nação instituiu uma nova ordem jurídica, criando um conjunto de normas para disciplinar a vida em sociedade e sua relação com outros Estados.

Segundo Catania esse conjunto de normas jurídica constitui: "*La tecnica più efficace per organizzare la società, da millenni"*[9].

O Estado, inicialmente, tinha entre suas funções o monopólio da produção de normas jurídicas. Tal fato representava um importante avanço político-social, pois proporcionava segurança jurídica aos cidadãos, dado o caráter igualitário das normas, em detrimento ao poder jurídico fragmentado característico do período anterior à constituição do Estado.

Hans Kelsen, um dos patronos do monismo jurídico, destacava ser o Estado o detentor do monopólio da produção das normas jurídicas, com a necessidade de se estabelecer um ordenamento jurídico único.[10]

O autor somente reconhecia a existência das normas jurídicas originadas pelo poder estatal, estabelecendo estrito vínculo entre eles, ao asseverar que a lei é expressão da vontade do poder normativo do Estado, ou seja, da imperatividade da norma[11].

Sem desconsiderar os argumentos lançados pelo renomado doutrinador e a importância do Estado na organização da sociedade, não se pode desprezar que, em virtude dos avanços tecnológicos e do processo de globalização, houve profunda alteração na dinâmica da sociedade, e o Estado não possui mais a capacidade para exercer o monopólio da produção normativa.

Neste cenário, desponta o pluralismo jurídico, que defende a existência de outros ordenamentos jurídicos que coexistem dentro de um mesmo Estado

---

[9] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale**. 2. ed. Roma: GLF Laterza, 2010. (Libri del Tempo Laterza, v. 415), p. 147.
[10] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 13.
[11] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 15.

e não se originam dele. Trata-se de uma nova concepção do direito, contrária à exclusividade da produção normativa estatal, baseada na ideia de que o direito deve ser entendido como uma emanação da sociedade, com a consequente existência de vários centros de produção jurídica.

O pluralismo jurídico é defendido por Teubner, que aponta a distinção entre o direito tradicional e a nova teoria, ressaltando que esta encontra-se incorporada aos dias atuais, mostrando-se a mais adequada a proporcionar unidade do sistema jurídico a nível global[12].

Em que pese a importância e eficácia das normas tradicionais produzidas pelo Estado, Alfonso Catania destaca a necessidade de adequar-se às novas fontes normativas, decorrentes da pluralidade de poderes, demonstrando a necessidade de uma estrutura horizontal de produção normativa.

> Questa normatività è stata, nella scienza giuridica moderna, un tratto dell'ordinamento, fondamento della sua validità e presun- zione della sua efficacia. È questo nesso sequenziale - norma, ri- conoscimento e obbligatorietà dell'ordinamento - che senza esse- re negato, in quanto contraddistingue la forma giuridica moderna, deve essere colto in forma più flessibile e dinamica, in modo che risulti adeguato alla pluralità delle fonti normative che, in modo sempre più esplicito, è pluralità dei poteri, non sussumibili in un'unica struttura verticale, così come era nello Stato moderno e nella sua rappresentazione kelseniana[13].

Pasold, citando Sanchez Viamonte, assevera que o direito, e o próprio Estado, partilham da condição instrumental, porque são "*instrumentos criados pelo povo, para a realização dos fins humanos e os do grupo social*"[14].

Consequentemente, é a sociedade quem estabelece os parâmetros para a produção normativa, observando-se as particularidades de cada nação, mas sempre em busca do Bem Comum.

Entretanto, conforme vimos anteriormente, a globalização econômica trouxe como corolário o enfraquecimento do poder decisório dos governantes,

---

[12] TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Lima: Ara Editores, 2005, p. 119.
[13] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale**. 2. ed. Roma: GLF Laterza, 2010. (Libri del Tempo Laterza, v. 415), p. 99.
[14] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook. Disponível em: https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/ebooks, p. 31.

com a descentralização e desterritorialização das deliberações, e sua transferência aos detentores do poder econômico.

Sobre o tema aponta Cervantes:

> Unido al requebrajamiento del principio de soberania estatal, el monopolio de la producción jurídica del Estado está más que nunca lejos de ser uma realidade, no obstante haber formado parte importante de la mitologia de la modernidade jurídica.[15]

Destarte, como o direito estatal não consegue regulamentar todos os casos, fundamentalmente os mais específicos, as corporações transnacionais e os organismos financeiros nacionais aproveitam-se deste vácuo legislativo para disciplinar a matéria, produzindo suas próprias normas de acordo com seus interesses particulares.

Atualmente, não se pode desconsiderar a existência de uma multiplicidade de centros de decisão jurídica, em detrimento da antiga concepção tradicional da centralidade do Estado na produção de normas jurídicas. Entretanto, dada a influência que o poder econômico exerce sobre a sociedade e o próprio direito, muitas das normas produzidas por fontes não estatais buscam regulamentar aspectos puramente econômicos em benefício dos grandes grupos empresariais transnacionais.

Como afirma Cervantes, citando Ferrajoli:

> *En la era de la globalización, el futuro de um país depende cada vez menos* de la política interna y cada vez más, em cambio, de decisiones externas adoptadas en sedes políticas supranacionales o por poderes económicos globales.[16]

Esse fenômeno se torna mais claro ao compararmos as fontes normativas tradicionais com as fontes normativas transnacionais produzidas com um viés predominantemente econômico.

As fontes normativas tradicionais buscam a igualdade formal entre os indivíduos; são compostas por normas abstratas e impessoais que

---

[15] CERVANTES, Aleida Hernández. **La Producción jurídica de la globalización económica. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional**. Ciudad de México: UNAM, 2014, p. 111.
[16] CERVANTES, Aleida Hernández. **La Producción jurídica de la globalización económica. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional**. Ciudad de México: UNAM, 2014, p.11.

regulamentam situações hipotéticas; sofrem maior influência do poder político; e as sanções são preestabelecidas.

Por sua vez, as fontes normativas transnacionais, de caráter puramente econômico, tratam de situações específicas e são produzidas para regulamentar fatos determinados; não são transparentes; não obedecem ao processo democrático; ignoram os interesses dos governos nacionais e da população; atendem a critérios exclusivamente econômicos; e as sanções são operadas de forma velada.

A principal técnica utilizada pelos detentores do poder econômico para a produção de novas fontes normativas é a conhecida como desregulamentação. Ela busca afastar a intervenção do Estado em áreas específicas de interesse dos grandes grupos financeiros. Pode-se operar de duas maneiras distintas: pela abstenção, quando o Estado deixa de exercer a regulamentação, de forma intencional ou não, permitindo que seja feito por entidades privadas; e pela intervenção, técnica consistente na elaboração de atos normativos em que o Estado, expressamente, estabelece que não irá intervir em determinada área que seria de sua competência privativa.

A desregulamentação, na maioria das vezes, cria normas pautadas em razões técnicas ou econômicas que possuem objetivos específicos.

Outro importante mecanismo utilizado como fonte normativa em um Estado mais flexível é a *Soft Law*. Trata-se de uma forma privada de produção de direito que se utiliza de mecanismos menos rígidos de regulamentação, posto que não contém meios de sanção em caso de descumprimento. É um importante mecanismo de regulamentação nas relações internacionais, dada a carência de regras vinculativas e coercitivas nessa área, embora não contenha sanções expressas em caso de descumprimento dos preceitos estabelecidos.

Em algumas oportunidades, representa normas prescritivas dos meios para a concretização de objetivos específicos, motivo pelo qual também está disseminada no direito administrativo em novas formas de gestão pública. Outro importante modo de utilização da *soft law* refere-se à delegação regulatória concedida pelo Estado a entidades privadas para a elaboração e aprovação de normas técnicas, bem como ao controle e certificação de seu cumprimento.

Sobre a utilização de normas técnicas, Benoit Frydmann destaca que aquelas fazem parte de nosso cotidiano, representando componente essencial ao funcionamento da sociedade e das economias contemporâneas complexas[17].

Efetivamente, o direito tradicional não consegue regulamentar com a presteza necessária os temas cada vez mais específicos provenientes de uma sociedade globalizada. As questões de ordem técnica encontram-se entre esses temas. Realmente, as normas técnicas estabelecidas na área tecnológica, além de demandarem conhecimentos particularizados, necessitam de constante evolução para garantir conformidade com os produtos mais recentes.

Esse fato impede o direito tradicional de acompanhar a dinâmica das constantes mudanças impulsionadas pelas inovações tecnológicas.

Ainda segundo Benoit Frydmann:

> As normas técnicas seriam uma espécie de legislação híbrida, que asseguram uma forma de mediação entre as leis científicas e as regras jurídicas[18].

Ressalte-se, ainda, que a generalização operada pela definição de normas técnicas permitiu a padronização e, como corolário, seu efeito globalizante. Inegável, portanto, que apesar de não possuírem normatividade jurídica, representam um importante meio de regulamentação, na medida em que interferem e disciplinam o funcionamento da sociedade contemporânea.

Também é importante considerar as regras de conduta utilizadas nas relações comerciais, notadamente em empresas multinacionais, como normas de caráter indeterminado, sem reconhecimento formal, mas com força normativa, especialmente para regulamentar relações de trabalho.

Entretanto, tais regras de conduta necessitam da prévia aquiescência das empresas transnacionais para a aplicação de eventuais sanções disciplinares, posto que não possuem obrigatoriedade, destinando-se a

---

[17] FRYDMANN, Benoit. **O fim do Estado de Direito. Governar por standars e indicadores**, Tradução de Jânia Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 43.
[18] FRYDMANN, Benoit. **O fim do Estado de Direito. Governar por standars e indicadores**, Tradução de Jânia Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 24.

regulamentar as condições de trabalho de seus funcionários nos diferentes países em que atuam.

Destarte, diante das novas fontes de produção normativa, infere-se a existência de diferentes normas, algumas vezes até contraditórias, mas que coexistem em um mesmo sistema normativo.

Daí surge o problema de verificar qual delas deve preponderar, ou seja, qual se aplica ao caso concreto. É cediço que o pluralismo jurídico representa a perda do monopólio do Estado como único detentor da capacidade de produção normativa, admitindo a concorrência de outras fontes normativas independentes do poder estatal e permitindo uma maior aproximação entre os anseios da sociedade e a elaboração das normas.

Em muitas ocasiões, o Estado é omisso ao deixar de regulamentar situações provenientes da nova dinâmica global, admitindo que novos atores não estatais disciplinem a matéria, ocasionando o surgimento de normas "não oficiais" aptas a resolver os problemas.

Todavia, sabe-se que a aplicabilidade do sistema pluralista é extremamente complexa, na medida em que não conta com hierarquia e unicidade de suas normas, apresentando em sua essência, conforme ressaltado por Márcio Staffen, traços de consensualidade[19].

Ressalte-se, pois, que as normas não estatais, embora possuam influência em um mundo globalizado, não contam com eficácia, já que não existe uma sanção prévia estipulada em caso de descumprimento.

Logo, o Estado, apesar de enfraquecido, ainda possui a importante função de preservar os interesses da sociedade e efetivar a justiça, devendo incorporar ao seu ordenamento jurídico as normas produzidas pelos entes transnacionais que apresentem benefícios à comunidade. Não se trata de suprimir o direito interno nacional, já que cada sociedade possui características culturais próprias, mas de adaptá-lo aos novos acontecimentos de uma sociedade globalizada.

Desta forma, dada a diversidade de fontes normativas que coexistem em um mesmo sistema normativo, deve-se atuar com cautela na implementação

---

[19] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2.edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 29.

das diferentes normas, preponderando aquelas mais vantajosas à sociedade e em busca do Bem Comum, em detrimento das normas implementadas apenas com fins econômicos, que visam apenas atender aos interesses das grandes empresas transnacionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos argumentos apresentados, infere-se que o Estado vem perdendo paulatinamente o monopólio do poder econômico e da produção normativa nas últimas décadas, notadamente diante das diferentes formas de globalização. Sem dúvida, a globalização econômica alterou o mapa geográfico terrestre, à medida que houve o desmantelamento das fronteiras físicas entre os Estados, com a livre circulação de capital, mercadorias e bens, modificando os antigos modelos de economia e centros de poder, e enfraquecendo a autoridade estatal em detrimento dos novos detentores do poder econômico.

Diante desse fenômeno e da dinâmica da sociedade contemporânea, em constante evolução, a adoção do modelo do pluralismo jurídico representa a forma mais adequada para dar pronta resposta às demandas atuais da sociedade. Trata-se de uma nova forma de direito que opera em rede, ou seja, um conjunto de elementos e instituições interligadas que produzem novas fontes normativas mais flexíveis e destinadas a regulamentar os novos problemas provenientes do mundo globalizado.

Todavia, apesar da noticiada perda da autonomia nacional e da influência de novos atores transnacionais, não se pode desprezar a importância que o Estado continua exercendo na sociedade. Com efeito, cabe ao Estado estabelecer os meios necessários à implementação das normas em benefício da coletividade, posto que é o único detentor de capacidade coercitiva para dar eficácia às normas em seu território.

Desta feita, sem suprimir as normas nacionais, diante da pluralidade de fontes normativas, deve o Estado incorporar ao seu ordenamento jurídico as normas transnacionais que vão ao encontro dos anseios da sociedade, repelindo aquelas destinadas somente ao proveito econômico dos grandes conglomerados internacionais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3a ed. Brasília: UNB, 1995.

CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale**. 2. ed. Roma: GLF Laterza, 2010. (Libri del Tempo Laterza, v. 415).

CERVANTES, Aleida Hernández. **La Producción jurídica de la globalización económica. Notas de uma pluralidade jurídica transnacional**. Ciudad de México: UNAM, 2014.

FRYDMANN, Benoit. **O fim do Estado de Direito. Governar por standars e indicadores**, Tradução de Jânia Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 4. ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook. Disponível em: https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/ebooks.

SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales**. Buenos Aires: Katz, 2015.

SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**. Trad. Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de Sá et al. 1.ed. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. PUC-Rio, 2014.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2.edição, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Lima: Ara Editores, 2005.

NOTAS SOBRE O DEVER DE VERACIDADE À LUZ DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

NOTES ON THE DUTY OF TRUTHFULNESS IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF COOPERATION IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

João Bastos Nazareno dos Anjos[1]

Resumo: O artigo tem por escopo analisar o dever de veracidade e de completude no processo civil brasileiro, sobretudo tendo em vista o modelo cooperativo adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. Parte-se da compreensão atual do princípio da colaboração e dos deveres que dele decorrem, para entender como o dever de dizer a verdade se instala no sistema processual brasileiro. Trata-se de uma consequência do dever de boa-fé que contribui para que o processo se torne um instrumento de obtenção da verdade possível, infenso a estratégias arquitetadas sobre mentiras e abusos. Colaborar, nesse diapasão, não implica um dever de ajudar o Estado-juiz a realizar as suas funções, mas, sim, de abusar dos seus poderes processuais.

Palavras-chave: dever de veracidade; princípio da colaboração; modelo cooperativo de processo civil.

Abstract: The article aims to analyze the duty of truthfulness and completeness in Brazilian civil procedure, especially considering the cooperative model adopted by the 2015 Code of Civil Procedure. It starts from the current understanding of the principle of cooperation and the duties arising from it, in order to grasp how the duty to tell the truth is established in the Brazilian procedural system. This is a consequence of the duty of good faith, which contributes to making the process an instrument for obtaining the possible truth, immune to strategies built on lies and abuses. In this context, cooperation does not imply a duty to help the judge perform their functions, but Rather to refrain from abusing procedural powers.

Keywords: duty of truthfulness; principle of cooperation; cooperative model of civil procedure.

INTRODUÇÃO

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Università Degli Studi di Perugia (UNIPG). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Artigo apresentado em 15 de agosto de 2024.

Esse estudo visa examinar a relação do dever de dizer a verdade e o princípio da colaboração no processo civil brasileiro, destacando a atual feição do dever de veracidade.

Tal análise se faz necessária porque, atualmente, o cotidiano forense é palco de uma multiplicidade de exemplos de condutas desleais e manifestações conscientemente falsas realizadas no ambiente processual, que, além de gerar dispêndios de recursos públicos e atraso na prestação jurisdicional, corrói a qualidade da decisão judicial.

O estudo versará a respeito do arcabouço teórico que pode servir de fundamento para um maior controle pelo juiz em relação ao cumprimento pelas partes dos seus deveres de colaboração, notadamente no que tange aos deveres de veracidade e de completude.

Em um modelo processual cooperativo, a distribuição das tarefas entre os participantes do processo é diferente daquela que toma lugar nos modelos inquisitivo e adversarial. No cooperativo, os sujeitos processuais participam ativamente da condução do processo ao lado do magistrado, que por sua vez se envolve diretamente no contraditório, com o fito de preservar o equilíbrio de oportunidades e de estimular o debate que contribua para formar o convencimento judicial do modo mais democrático e fiel à verdade dos fatos.

Após o advento do Código de Processo Civil de 2015, o Brasil passou a conferir ao princípio da colaboração o *status* de “norma fundamental do processo civil”, o que reforçou a presença dos deveres colaborativos que recaem sobre todos os sujeitos processuais – inclusive as partes.

Dentre os deveres que tocam às partes figura o da boa-fé, do qual decorre o de dizer a verdade, sendo este reconhecido em diversos ordenamentos processuais vigentes em países da Europa continental.

Neste estudo, pretende-se, à luz da doutrina pátria e estrangeira, compreender a configuração moderna do dever de veracidade e de completude no seio de um sistema regido pelo princípio da cooperação.

Com o propósito de desenvolver a pesquisa, no que tange à metodologia, empregou-se o método indutivo na fase de investigação e o

cartesiano, na etapa de tratamento de dados, e, por fim, na elaboração do texto, lançou-se mão da lógica indutiva.[2]

1 DO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Com o intuito de estabelecer um modelo de processo civil cooperativo, o legislador brasileiro adotou uma nova estrutura de divisão de tarefas entre os sujeitos processuais, a qual se destina a repelir protagonismos e a privilegiar a contribuição de todos na formação da convicção judicial, de modo a constituir uma comunidade de trabalho ("Arbeitsgemeinschaft" ou "comunione del lavoro"), a despeito de o processo civil ser sede de disputas de interesses antagônicos.

Sob essa concepção cooperativista, o propósito de obtenção da verdade é perseguido mediante uma postura mais ativa do juiz no desenvolvimento do contraditório, competindo-lhe atender a uma duplicidade de posições, na medida em que, ao mesmo tempo em que organiza internamente o processo como um membro da comunidade de trabalho, também atua como autoridade estatal que declara o direito e presta a tutela jurisdicional[3].

Objetiva-se construir um modelo de processo civil focado no debate de ideias e na produção de provas em um ambiente ético. Nesse contexto, condutas abusivas não devem ser admitidas como estratégias legítimas de persuasão.

Todavia, com a adoção de um modelo cooperativo de processo não se espera que as partes se unam e contribuam reciprocamente para a defesa de seus interesses[4]. Em verdade, esse modelo é fundado em deveres éticos impostos a todos os sujeitos processuais com a finalidade de favorecer a prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, respeitada a duração razoável do processo.

---

[2] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.
[3] GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1966, p. 587.
[4] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 19.

Desse modo, não se nega a existência de interesses contrapostos, mas também não se olvida do interesse público na prestação da tutela jurisdicional efetiva. Em outras palavras, conforme o modelo processual cooperativo, deve o viés publicista e dialógico do processo se sobrepor àquele de caráter individualista. Tal processo passa a ser conduzido por um juiz que se envolve profundamente no embate de argumentos, na medida em que assume a responsabilidade de assegurar a paridade de armas[5] como premissa para se chegar a um julgamento justo.

Daí porque Nicolò Trocker afirma que, nesse contexto, o juiz é visto como um verdadeiro interlocutor que admite a cooperação para a formação da decisão, e não apenas como um representante do Poder Público que, do alto de sua posição, emite um provimento vinculante[6].

No Brasil, mesmo antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira já prenunciava que o princípio da cooperação poderia contribuir para "resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o 'modelo dispositivo' e o 'modelo inquisitivo' de processo civil"[7].

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em 1993, afirmou inexistir nítida repartição de funções entre as partes e o órgão judicial, de modo a transparecer "o entrelaçamento de ambas as atividades, com mútua colaboração, tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa". E conclui o autor que essa colaboração é possibilitada apenas pelo permanente diálogo entre os sujeitos processuais, "com a comunicação das ideias administradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas que possam ser empregados convenientemente na decisão"[8].

Por sua vez, Lúcio Grassi de Gouveia, inspirado pelas lições do professor lusitano Miguel Teixeira de Sousa, mais de uma década antes da edição do CPC de 2015, apontava que o CPC em vigor à época, promulgado

---

[5] GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37-38.
[6] TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 377-378.
[7] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a participação do juiz no processo civil. **Temas de direito processual**. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 66.
[8] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, 1993, p. 9.

em 1973, continha sinais de deveres decorrentes do princípio da colaboração, como o dever de esclarecimento, que se manifestaria, por exemplo, no dever de a parte comparecer em juízo e responder ao que lhe for interrogado (artigos 340, I e 342 do CPC revogado) ou aquele que estabelece que todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade (artigo 339 do CPC de 1973)[9].

Outrossim, Daniel Mitidiero, sob a vigência do CPC de 1973, apontou que o processo justo há de estar conectado com o princípio da colaboração e que este modifica a organização da estrutura processual a fim de alcançar a decisão justa. Para tanto, no processo cooperativo percebe-se uma necessidade de "novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual"[10].

Com a promulgação do CPC de 2015, o princípio da colaboração veio densificado principalmente no artigo 6º, que conta com o seguinte texto normativo: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Saliente-se que tal dispositivo foi alçado ao patamar de "norma fundamental do processo civil" pelo CPC, de modo a conferir ao princípio da colaboração não apenas uma função estruturante do processo civil – o que fica evidenciado por meio de numerosos artigos que retratam o compromisso do diploma legislativo com o modelo cooperativo de processo[11] -, como também o papel de diretriz hermenêutica para o intérprete das normas processuais civis.

Daí porque Cássio Scarpinella Bueno leciona que o artigo 6º do CPC procura edificar um modelo de processo cooperativo, "vocacionado à prestação

---

[9] GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo: 2003, n. 6, p. 51.

[10] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, 2011, p. 62-63.

[11] Pode-se citar alguns exemplos de artigos do CPC que se revelam como manifestações concretas do dever de cooperação que recai sobre todos os sujeitos do processo (*v. g.* artigos 139, IX; 317, 321, 357, §3º, 932, parágrafo único, 1.007, §7º etc.).

efetiva da tutela jurisdicional, com ampla participação de todos os sujeitos processuais, do início ao fim da atividade jurisdicional"[12].

É de se ter presente que a participação de todos os envolvidos com o processo para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, justa e célere confere legitimidade ao exercício da jurisdição, bem assim evidencia que o princípio da colaboração se origina do princípio constitucional do contraditório[13].

Isso porque a configuração atual do princípio do contraditório vai muito além do binômio informação-reação, franqueando às partes o exercício do poder de influência, de modo a viabilizar a construção democrática da decisão judicial. No entanto, essa participação, em um Estado Democrático de Direito, há de tomar lugar no seio de uma comunidade de trabalho na qual a distribuição dos trabalhos entre os sujeitos processuais seja assimétrica e voltada para a obtenção de uma decisão de mérito justa.

2 DOS DEVERES DE COLABORAÇÃO E SEUS DESTINATÁRIOS

No Brasil, a doutrina do professor lusitano Miguel Teixeira de Sousa foi amplamente aceita para identificar e sistematizar os deveres decorrentes do princípio da colaboração, no que tange ao papel do magistrado no modelo processual cooperativo, contribuindo sobremaneira para a formação do arcabouço processual brasileiro.

Segundo o professor Miguel Teixeira de Sousa, recaem sobre o juiz os seguintes deveres cooperativos: os deveres de consulta, esclarecimento, prevenção e auxílio[14].

O dever de consulta impõe ao magistrado o dever de dialogar, de debater questões fáticas e jurídicas com as partes para, só então, formar seu convencimento, o que concretiza o poder de influência que integra o conceito atual da garantia do contraditório. Os artigos 9º e 10 do CPC contemplam o

---

[12] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023, p. 226.
[13] GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2010, n. 4, p. 835.
[14] SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 176-177.

dever de consulta, na medida em que proíbem a prolação de decisão contra uma parte sem que ela tenha sido ouvida previamente, bem como impede a decisão com fundamento a respeito as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar. É dizer, fica vedada a “decisão-surpresa”.

Ademais, em uma comunidade argumentativa de trabalho, não se admite que o juiz forme seu convencimento a partir de percepções equivocadas das manifestações das partes, sendo imperioso que o magistrado esclareça suas dúvidas acerca de argumentos ou requerimentos antes de proferir o julgamento. Assim, segundo o dever de esclarecimento, o juiz tem que tomar as providências necessárias para esclarecer eventuais dúvidas e obscuridades presentes em manifestações das partes, “de modo a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada"[15]. Um exemplo de concretização desse dever no CPC é o artigo 357, §3º, que estabelece que, em audiência de saneamento compartilhado, é uma “oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

No que tange ao dever de prevenção, cabe ao juiz advertir as partes acerca do uso inadequado do processo, eventuais deficiências ou insuficiências de alegações ou pedidos, para que sejam supridas, a fim de viabilizar decisão de mérito[16]. O dever de prevenção manifesta-se em diversos pontos do CPC, sendo possível citar, por exemplo, o dever de “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais” (artigo 139, IX), sendo que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício” (artigo 317)[17].

O dever de auxílio, segundo ensina Miguel Teixeira de Sousa, diz respeito apenas à “remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou

---

[15] SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 176-177.
[16] SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil.** 2ª edição. Lisboa, Lex, 1997, p. 66.
[17] Oportuno registrar que o CPC português, outrossim, estabelece o dever de o juiz prevenir as partes, conforme rege o artigo 6º, n. 2: “O juiz providencia oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando a sanação dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo”.

faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais"[18], não aviltando a imparcialidade do magistrado, porquanto visa apenas viabilizar a obtenção de uma decisão de mérito, e não favorecer a satisfação do direito de uma das partes. A título de exemplo, pode-se ilustrar o dever de auxílio mediante o artigo 772, III do CPC, cujo texto estabelece que o juiz, na execução, pode, em qualquer momento do processo determinar que sujeitos indicados pelo exequente "forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável".

Após as breves considerações acerca dos quatro deveres colaborativos do magistrado, impende ressaltar que os outros sujeitos do processo (partes, advogados, promotores de justiça, defensores públicos e terceiros intervenientes) são igualmente responsáveis pelo resultado, haja vista que, em uma comunidade de trabalho, todos participam da construção da decisão judicial efetiva, justa e célere.

Partindo da premissa de que o modelo colaborativo de processo é caracterizado pela isonomia entre todos os sujeitos que operam na condução do processo civil, em uma verdadeira "comunione del lavoro", de sorte que todos sejam responsáveis pelo resultado, é de se concluir que os deveres decorrentes do princípio da colaboração também incidam sobre todos sujeitos processuais, e não apenas em relação ao magistrado.

Esse entendimento foi acolhido pelo CPC, cujo artigo 6º outorga a "todos os sujeitos do processo" o dever de cooperação entre si visando a obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva.

Tenha-se presente que outros ordenamentos jurídicos, os quais inclusive inspiraram o CPC brasileiro, preveem expressamente, em diversos dispositivos, que o dever de colaboração se estende também aos demais sujeitos do processo, e não apenas ao magistrado.

Em Portugal, segundo o artigo 7º, I do Código de Processo Civil, "na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com

[18]SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86, p. 177.

brevidade e eficácia, a justa composição do litígio"[19], o que retrata uma cláusula geral de cooperação muito semelhante à estatuída no Brasil[20].

Não se trata, por óbvio, de um dever de ajuda recíproca - o que seria ilógico, tendo em vista o caráter conflituoso que permeia qualquer processo -, mas de pôr freios às práticas abusivas e antiéticas que comprometem o exercício da jurisdição[21]. Além dos interesses exclusivamente privados, é inegável a existência do interesse público na prestação da tutela jurisdicional, daí porque não é razoável entender que as partes não tenham também o dever de contribuir para a prestação de uma tutela justa e efetiva, vale dizer, apta dirimir conflitos e a obter a paz social[22].

Gian Antonio Micheli ressalta que a parte também é responsável pela atividade de colaboração em relação ao juiz na busca pelo direito, e destaca que essa colaboração se justifica não apenas pelo interesse de a parte ter a sua demanda acolhida, como também porque coopera para concretizar o interesse superior da correta aplicação do direito objetivo[23].

Reinhard Greger, sobre essa questão, pondera que, para as partes, o princípio da cooperação não significa que elas devam oferecer o seu processo em íntimo companheirismo. Bem compreendida, "a exigência de cooperação

---

[19] PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575. Acesso em: 9 ago. 2024.

[20] Do mesmo modo, na Alemanha e na Itália, há previsão de numerosos dispositivos impondo deveres colaborativos às partes e aos seus procuradores, tais como o dever de veracidade e de completude (§138 (1) da ZPO tedesca: "As partes devem fazer suas declarações a respeito das circunstâncias fáticas de modo completo e são obrigadas a dizer a verdade") e o dever de clareza e concisão (artigo 121 do Codice de Procedura Civile: "Os atos do processo, para os quais a lei não exigiu formas determinadas, podem ser realizados da forma mais adequada para atingir o seu escopo. Todos os atos do processo devem ser redigidos de um modo claro e conciso").

[21] Nesse sentido, Maria Francesca Ghirga afirma ser imprescindível valorizar o princípio da colaboração entre as partes e o juiz para aperfeiçoar o sistema de justiça (GHIRGA, Maria Francesca. Discrezionalità del giudice e "nuovo umanesimo processuale". **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 2018, n.6, p. 1573).

[22] Em sentido contrário, Daniel Mitidiero entende que o artigo 6º do CPC apenas impõe deveres de colaboração ao juiz: "O conflito existente entre as partes impede que se estruture um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes – como parece sugerir o art. 6 do CPC/2015. Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaborar entre si" (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** – do Modelo ao Princípio. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 71).

[23] MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1966, p. 132.

ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem”[24].

Assim sendo, é inconcebível imaginar um ambiente colaborativo voltado para o diálogo e para a construção conjunta da decisão judicial, sem pressupor que todos os seus participantes laborem com lealdade e conduta colaborativa.

A jurisprudência brasileira tem adotado a interpretação de que o princípio da colaboração abrange todos os sujeitos do processo, e não apenas o juiz. Cabe citar o exemplo de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em que condenou a parte agravante à multa do artigo 1.021, §4º do CPC, “por violação dos deveres de lealdade, de boa-fé e de cooperação processual” [25].

Quanto aos deveres que o princípio da colaboração impõe às partes, é possível identificar os deveres de boa-fé, de veracidade e de completude, além do dever de esclarecimento.

A partir do dever de boa-fé, passa-se a exigir das partes a adoção de um padrão de conduta ética e proba, resguardando a confiança nas relações jurídicas e impedindo que expectativas legitimamente criadas sejam frustradas injustamente. Daí por que não é admissível que, malgrado o antagonismo inerente ao litígio judicial, as partes causem “embaraços à efetividade da prestação jurisdicional, à duração razoável do processo ou à busca pela decisão de mérito”[26].

Antonio do Passo Cabral leciona que o princípio constitucional do contraditório empresta base normativa para a boa-fé objetiva no processo civil brasileiro e afirma que aquele princípio objetiva a participação colaborativa nas decisões estatais, o que justifica a repressão às condutas desleais, de modo que “se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição”[27].

---

[24] GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 206, 2012, p. 126.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 34477/DF. Relator: Og Fernandes, **Recurso Especial 1933759/PR**. Relator: Ministro Messod Azulay Neto, 21 de junho de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101098701&dt_publicacao=27/06/2022. Acesso em: 17 jul. 2024).

[26] MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: SaraivaJus, 2018, p. 228.

[27] CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 126, 2005, p. 63.

Mediante os deveres de veracidade e de completude, pretende-se impedir o exercício abusivo do poder de alegação das partes, de sorte a proibir que as partes induzam em erro os demais sujeitos processuais com o consciente intuito de comprometer o sentido do julgamento. Além de vedar a alegação de fatos que a parte sabe serem falsos para garantir que o julgamento não seja manipulado, também é proibido que elas apenas apresentem a uma parte dos fatos de que tenham conhecimento, ocultando deliberadamente outra parcela[28].

O dever de esclarecimento disciplina a conduta processual não apenas do juiz, mas também das partes, como é fartamente reconhecido em outros países. Note-se que, na Itália, Marco Gradi aduz que a parte tem o dever de esclarecer, explicando a ocorrência de fatos relativos à controvérsia, por exemplo, por meio da exibição de documento (2023, p. 34). Na Alemanha, o §139 (5) da ZPO prevê que o órgão judicial pode fixar um prazo para a parte fornecer informações úteis ao deslinde da causa[29]. Em Portugal, o artigo 7º, 2, dispõe que as partes e advogados são obrigados a prestar os esclarecimentos que lhe forem pedidos[30].

No Brasil, o dever de a parte prestar esclarecimentos sobre os fatos relevantes para o deslinde do processo é reconhecido e pode ser vislumbrado, por exemplo, no dever de apresentação de documento por determinação do juízo. Caso não se desincumba da obrigação, pode até mesmo ser punido em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, IV do CPC)[31].

3 DO DEVER DE VERACIDADE E DE COMPLETUDE COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO

[28] DALL'OLIO, Gustavo**. Cooperação no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 135.
[29] DEUTSCHLAND. **Zivilprozessordnung**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ Acesso em: 10 ago. 2024).
[30] PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575. Acesso em: 9 ago. 2024.
[31] AURELLI, Arlete Inês; ANDRIOTTI, Rommel. Princípio da cooperação no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, ano 46, vol. 322, p. 64.

Se é escopo da jurisdição a aplicação do ordenamento jurídico a fim de dirimir conflitos com justiça e reestabelecer a paz social, é evidente que essa atividade deve ser voltada para a obtenção do resultado mais próximo da realidade fática. Não há se falar em uma sentença justa e efetiva sem que seu conteúdo corresponda, na medida do possível, à verdade.

Daí que não seria lógico permitir que os participantes do processo apresentassem intencionalmente alegações que distorcem a verdade dos fatos, ainda que em nome da liberdade e do acesso à justiça. Isso porque seria contraditório almejar a verdade para melhor decidir uma questão e, simultaneamente, permitir que as partes pudessem mentir e induzir o juízo em erro, comprometendo o sentido da decisão.

Segundo o artigo 77, inciso I do CPC brasileiro, é dever das partes, seus procuradores e de todos que participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade. Ademais, conforme o texto do artigo 80, inciso II, alterar a verdade é considerado ato de litigância de má-fé, portanto, passível de condenação ao pagamento de multa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos e a arcar com os honorários advocatícios e despesas que efetuou (artigo 81 do CPC).

Em Portugal, o artigo 417 (1) do CPC prevê que" todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade". Assim como o CPC brasileiro, o lusitano estabelece que é litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave, "tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa", bem como aquele que "tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão".

Na Alemanha, a ZPO estabelece, no §138 (1), que as partes devem fazer suas declarações a respeito das circunstâncias fáticas de modo completo e são obrigadas a dizer a verdade[32], o que vai ao encontro do §178 (1) da ZPO

[32] DEUTSCHLAND. **Zivilprozessordnung**. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ Acesso em: 10 ago. 2024.

da Áustria[33], o qual assinala às partes o dever de, em suas alegações, declarar de modo completo e preciso todas as circunstâncias fáticas necessárias para fundamentar seus pedidos, de acordo com a verdade.

Na Itália, não obstante o "Codice di Procedura Civile" não mencione explicitamente o dever de dizer a verdade, parte da doutrina extrai o dever de veracidade a partir dos deveres das partes e dos seus defensores de comportarem-se em juízo com lealdade e probidade (artigo 88 do CPC italiano)[34], bem como do dever de colaboração dos litigantes, sobretudo após o Decreto Legislativo 149, de 2022 – a chamada "Reforma Cartabia"[35].

Marco Gradi entende que o dever de veracidade contém um componente estático, que consistiria na vedação ao fornecimento de informações falsas, além de um componente dinâmico, qual seja, o dever de fornecer informações necessárias para o adequado acertamento dos fatos. Desse modo, quanto ao primeiro perfil, as partes não podem dizer algo que elas sabem ser contrário à verdade (proibição de mentir) e, igualmente, têm o dever de completude, que proíbe que as partes omitam fatos, dado que a falsidade também pode derivar de uma omissão. O autor ressalta que o dever de completude opera somente nos limites em que a conduta omissiva equivalha a uma falsa representação dos fatos, não impondo um "dever absoluto de verdade"[36].

Parece claro que o dever de veracidade e de completude decorrem diretamente do dever de boa-fé, na medida em que um padrão de probidade e de lealdade de conduta processual exige que a parte ofereça apenas alegações fáticas que acredite estarem em consonância com a verdade. Porém, como obtempera Joan Picó Junoy, não é simples conciliar o direito de o

---

[33]OESTERREICH. Zivilprozessordnung. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699 Acesso em: 11 ago. 2024.

[34] GRADI, Marco. **L'obbligo di verità delle parti.** Torino: G.Giappichelli Editore, 2018, p. 759.

[35] GRADI, Marco. **La riforma Cartabia del processo civile**: Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 a cura di Roberta Tiscini. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, p. 32.

[36] GRADI, Marco. **La riforma Cartabia del processo civile**: Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 a cura di Roberta Tiscini. Pisa: Pacini Giuridica, 2023, p. 32-32. Em sentido contrário, entendendo pela inexistência do dever de completude ("dovere di completezza"), cite-se: BINNA, Massimiliano. Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2021, n.2, p. 536-537; SCARSELLI, Giuliano. Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.** Milano: Giuffrè, 1998, p. 147.

litigante se defender do modo que entender conveniente e a exigência de boa-fé processual[37].

Não obstante ser impossível alcançar a verdade absoluta por meio do processo, cabe ao juiz envidar esforços para se aproximar o máximo possível da realidade material, mediante a reconstrução dos fatos da maneira como realmente aconteceram[38].

Apesar de o atingimento da verdade ser impossível, até porque ela não é única[39], o juiz deve fazer da verdade seu objetivo principal, porquanto, como ensina Michele Taruffo, a justiça não é um jogo literário ou esportivo, mas é exercida com o objetivo de tutelar efetivamente os direitos dos cidadãos[40]. Com efeito, a decisão justa pressupõe a verificação da verdade dos fatos, ainda que se trate de uma verdade relativa (que não é a mesma coisa que "verdade subjetiva"), baseada nos fatos demonstrados no processo[41].

É evidente que, se o processo é um método que se ocupa da tutela efetiva de direitos por meio de decisão fundada no conhecimento da verdade empírica dos fatos – que são a origem da controvérsia[42], o julgamento justo só pode ser levado a cabo se reproduzir a verdade da forma mais fiel possível.

Como o ordenamento jurídico processual brasileiro não admite que os sujeitos processuais adotem comportamentos antiéticos, consequentemente, as partes não podem conscientemente alterar a verdade, usando da mentira como estratégia de combate. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a lei

---

[37] JUNOY, Joan Picó I. La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale? **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2013, n. 1, p. 180.
Após conceituar o princípio de boa-fé processual como aquele que exige uma conduta exigível de qualquer sujeito que intervenha no processo que seja considerada "socialmente correta", o autor aponta que, para determinar o limite da "conduta socialmente correta" no processo, ser necessário recorrer à Constituições e a seus direitos fundamentais, de modo que qualquer atividade defensiva que não avilte nenhum desses direitos não pode ser considerada contrária à boa-fé. JUNOY, Joan Picó I. La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale? **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2013, n. 1, p. 180.

[38] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione.** 4ª edição. Bologna: Il Mulino, 2006.

[39] CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1965, p. 5.
TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2010, n. 5, p. 1011.

[41] TARUFFO, Michele. Verità e prova nel processo. **Rivista trimestrale de diritto e procedura civile.** Milano: Giuffrè, 2018, n. 4, p. 1308-1313.

[42] TARUFFO, Michele. Tre divagazioni intorno alla verità. **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** Milano: Giuffrè, 2018, n. 1, p. 137.

municia os sujeitos processuais de armas legítimas e de uso legítimo na disputa, “mas com a advertência de que será reprimido o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas”[43].

Desse modo, cabe assinalar que do dever de boa-fé emerge o dever de dizer a verdade, o qual obsta que a parte afirme fato inexistente, negue fato existente ou dê versão mentirosa para fato verdadeiro[44].

Porém, a mentira que o dever de veracidade quer proibir é a consciente e deliberada, sendo imprescindível a demonstração da vontade de enganar[45], vale dizer, é preciso que o descumprimento do dever de veracidade seja proposital, intencional[46].

Consequentemente, não se exige da parte que sua versão dos fatos coincida com a realidade externa, com a verdade objetiva. Deve ser punida apenas a apresentação de uma narrativa deliberadamente mentirosa, e não aquela que a parte acreditava ser verdadeira. Por exemplo, a parte autora não pode ser condenada como litigante de má-fé pela violação do dever de veracidade se, de boa-fé, ajuizou uma ação de indenização de prejuízos causados em acidente de trânsito contra pessoa que acreditava ser a culpada pelo sinistro, apenas porque, ao final da instrução processual, as provas evidenciaram que a culpa recaiu sobre terceira pessoa que sequer integrou a relação jurídica processual. Nesse caso hipotético, a conduta do autor não se enquadra na de litigante de má-fé precisamente por ser desprovida de vontade consciente de enganar, de falsear os fatos[47].

O dever de completude, por sua vez, é uma consequência natural do dever de veracidade, haja vista que, ao alegar um fato, a parte deve expor a verdade acerca dele, incluindo todas as circunstâncias relevantes para a tomada de decisão, não sendo facultado omitir-se.

---

[43] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 303.
[44] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 21ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters Brasil, 2024.
[45] BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 a 187. 2ª edição.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93.
[46] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2024, p. 105.
[47] No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 303.

Note-se que a parte não é obrigada a narrar fatos desfavoráveis aos seus interesses, porém, se optar por levar a juízo determinado fato, não pode fazê-lo apenas em relação à parte que lhe é benéfica. Deve expor suas alegações sobre o fato de modo completo[48], isto é, não é permitido dizer "meias-verdades"[49].

É nesse sentido que trilha o escólio de Frank Lindenberg, para quem o dever de completude (*Vollständigkeitspflicht*) integra o dever de dizer a verdade, na medida em que é possível apresentar uma falsidade por meio da omissão de circunstâncias essenciais. Desse modo, cabe à parte carrear aos autos não apenas os fatos vantajosos, mas também os desfavoráveis, desde que necessários para descrição verdadeira da realidade fática[50].

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem embargo de o dever de veracidade não ser novidade no ordenamento jurídico processual brasileiro, é inegável que ele foi amplamente robustecido pelo CPC de 2015, porquanto este contemplou o dever de dizer a verdade em um contexto de normas voltadas a tornar o processo civil mais civilizado, tonificado pelos princípios da boa-fé e da colaboração.

Como se extrai da leitura dos dispositivos que compõe o primeiro capítulo do CPC ("das normas fundamentais do processo civil"), o processo civil brasileiro é hoje dirigido para a prestação da tutela de direitos de modo justo, efetivo e em tempo razoável. Para alcançar esse escopo, o magistrado não pode se contentar com um resultado que não corresponda, do modo mais próximo possível, à verdade.

A obtenção da verdade é objetivo constante do magistrado, ainda que seja impossível alcançar a verdade absoluta.

Luis Muñoz Sabaté destaca que o juiz deve fazer com a verdade o mesmo que faz o navegante: direcionar o leme para a estrela polar que lhe servirá de norte, ainda que jamais pense em ancorar ao seu lado. A verdade

---

[48] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel**. Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
[49] BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 a 187. 2ª edição.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 93.
[50] LINDENBERG, Frank. **Wahrheitspflicht und Dritthaftung des Rechtsanwalts im Zivilverfahren**. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2002, p. 91.

judicial apresenta-se, assim, como uma espécie de “aspiração mítica”. Sabaté assinala que o progresso do direito consiste, nas palavras de Levy-Bruhl, em diminuir ao máximo o grau de incerteza, em aproximar o provável do real, o verossímil do verdadeiro[51].

Contudo, para a empreitada desenvolvida pelo Estado na prestação da tutela jurisdicional ser bem-sucedida, é imprescindível a colaboração das partes e dos procuradores no que tange ao dever de veracidade e de completude. Repita-se: não se trata de apresentar fatos favoráveis à pretensão da parte adversa, mas de dizer a verdade sobre aquelas alegações de fato veiculadas em juízo.

Com efeito, não é concebível que a amplitude do poder de alegação das partes comprometa a qualidade da tutela jurisdicional a ser prestada, isto é, não há se falar na concessão de imunidade para que as partes fraudem o exercício de uma função estatal. Colaborar, portanto, não equivale a ajudar o Estado-juiz a realizar as suas funções, mas, sim, a não abusar dos seus poderes processuais.

Dessa maneira, a fim de evitar julgamentos fraudados, que premiem a astúcia e a mentira, é que o ordenamento processual brasileiro, a exemplo de tantos outros países, após o advento do CPC de 2015, adotou um modelo processual cooperativo, o qual impõe às partes e aos procuradores o dever de veracidade e de completude.

REFERÊNCIAS

AURELLI, Arlete Inês; ANDRIOTTI, Rommel. Princípio da cooperação no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, ano 46, vol. 322.

BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil. Artigos 70 a 187. 2ª edição.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BINNA, Massimiliano. Il dovere di verità dell’avvocato nel processo civile. **Rivista di Diritto Processuale.** Padova: Cedam, 2021, n.2.

[51] SABATÉ, Luis Muñoz. **Técnica probatoria** – Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. 4ª edición. Barcelona: Praxis, 1993, p. 64.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança 34477/DF. Relator: Og Fernandes, **Recurso Especial 1933759/PR**. Relator: Ministro Messod Azulay Neto, 21 de junho de 2022. Disponível em: **https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101098701&dt_publicacao=27/06/2022**. Acesso em: 17 abr. 2024).

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 126, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2024.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile. I. Il processo ordinario di cognizione.** 4ª edição. Bologna: Il Mulino, 2006.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Código de Processo Civil comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DALL'OLIO, Gustavo**. Cooperação no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

DEUTSCHLAND. **Zivilprozessordnung**. Disponível em: **https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/**. Acesso em: 10 ago. 2024).

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume II. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2023, p. 57.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**. v. 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo: 2003, n. 6.

GHIRGA, Maria Francesca. Discrezionalità del giudice e "nuovo umanesimo processuale". **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 2018, n.6.

GRADI, Marco. **L'obbligo di verità delle parti.** Torino: G.Giappichelli Editore, 2018, p. 759.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via". **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2010, n. 4.

GRADI, Marco. **La riforma Cartabia del processo civile**: Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 a cura di Roberta Tiscini. Pisa: Pacini Giuridica, 2023.
GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1966.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 206, 2012.

JUNOY, Joan Picó I. La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale? **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2013, n. 1.

LINDENBERG, Frank. **Wahrheitspflicht und Dritthaftung des Rechtsanwalts im Zivilverfahren**. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel**. Código de Processo Civil comentado.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1966.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil** – do Modelo ao Princípio. 4ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, 2011.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: SaraivaJus, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a participação do juiz no processo civil. **Temas de direito processual**. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 21ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais Thomson Reuters Brasil, 2024.

OESTERREICH. Zivilprozessordnung. Disponível em: **https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001699.** Acesso em: 11 ago. 2024.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 73, 1993.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14 ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: **https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2013-34580575**. Acesso em: 9 ago. 2024.

SABATÉ, Luis Muñoz. **Técnica probatoria** – Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. 4ª edición. Barcelona: Praxis, 1993.

SCARSELLI, Giuliano. Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.** Milano: Giuffrè, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 86.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil.** 2ª edição. Lisboa, Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 2010, n. 5.

TARUFFO, Michele. Verità e prova nel processo. **Rivista trimestrale de diritto e procedura civile.** Milano: Giuffrè, 2018, n. 4.

TARUFFO, Michele. Tre divagazioni intorno alla verità. **Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** Milano: Giuffrè, 2018, n. 1.

TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

DIREITO DO CONSUMIDOR: Origem, solidificação e transformações para o futuro

CONSUMER LAW: Origin, solidification and transformations for the future

Karen Francis Schubert[1]

Resumo: No contexto histórico, o direito do consumidor é um ramo novo do direito, e se estabeleceu positivamente no Brasil com a implementação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que vem sendo amplamente aplicado nas últimas décadas, passando por uma fase inicial de afirmação até alcançar o seu amadurecimento com a estabilização de seus princípios. Este artigo revisa o surgimento desses novos direitos tanto no âmbito internacional quanto no Brasil, até o momento atual de consolidação, visando descobrir seu caminho futuro de forma equilibrada e sustentável com a livre iniciativa. São analisados os mais importantes princípios que norteiam o CDC, demonstrando a importância da valorização da boa-fé, da informação e transparência e do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Por fim, são analisados os desafios enfrentados atualmente, e o caminho a seguir futuramente para garantia da efetivação da Justiça do consumidor diante das novas tecnologias e visando a sustentabilidade. A metodologia utilizada baseia-se no método indutivo.

Palavras-chave: direito do consumidor; boa-fé objetiva; direito à informação; vulnerabilidade do consumidor.

Abstract: In a historical context, consumer law represents a relatively new discipline, particularly in Brazil, where it gained prominence with the enactment of the Consumer Protection Act (CDC). Over recent decades, this legislation has evolved from an initial phase of assertion to a stage of maturity, characterized by the stabilization of its core principles. This article examines the development of consumer law on both the international stage and within Brazil, tracing its trajectory to the current phase of consolidation. The objective is to forecast its future progression in a manner that harmonizes with the principles of free enterprise. The analysis delves into the fundamental principles underpinning the CDC, emphasizing the importance of good faith, the provision of information, transparency, and the recognition of consumer vulnerability. Furthermore, the article explores contemporary challenges and delineates the path forward to ensure the effectiveness of consumer justice in the context of emerging technologies and the pursuit of sustainability. The methodology employed is rooted in the inductive method, facilitating a comprehensive understanding of the subject matter.

Keywords: consumer law; duty of good faith; right to information; consumer vulnerability; sustainability.

[1] Juíza de Direito em Joinville/SC. Discente do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Univali.

INTRODUÇÃO

Ao longo de mais de 30 anos de sua vigência, o Código de Defesa do Consumidor continua sendo instrumento legal de realização dos valores e proteção de direitos. Por ser uma norma aberta, a legislação passou por poucas alterações legislativas, porém sua aplicação amadureceu e evoluiu, sendo um dos institutos que mais influenciam no dia a dia do cidadão. O objetivo da pesquisa é compreender inicialmente a evolução histórica do Direito do Consumidor, identificando a situação social precedente que justificou a necessidade de sua criação. Em seguida, a pesquisa explora a consolidação do Direito do Consumidor por meio da análise das diretrizes principiológicas que acabaram por criar uma nova ordem jurídica que modificou relações de consumo e provocou alterações nos demais ramos do direito. Por fim, o objetivo geral da pesquisa visa verificar e descobrir se o Código de Defesa do Consumidor está à altura dos desafios modernos diante das novas tecnologias do século XXI e da necessidade premente de sustentabilidade do planeta.

Para tanto, o primeiro tópico do estudo aborda a evolução histórica do Direito do Consumidor, tanto no âmbito internacional, como a trajetória no Brasil, que culminou com a construção do Código de Defesa do Consumidor em 1990, sendo analisadas as consequências da criação do sistema consumerista, e os reflexos dos seus princípios e diretrizes. O segundo tópico aborda os desafios da evolução e do amadurecimento do Direito do Consumidor, e da própria aplicação do CDC na conjuntura social atual e as perspectivas para o futuro.

Este estudo foi realizado mediante pesquisa bibliográfica sob o método indutivo, com tratamento de dados o pelo procedimento Cartesiano.

O presente artigo foi desenvolvido no âmbito Programa de Pesquisa Internacional Conjunto para a Produção Científica e Técnica PPCJ/Univali e está inserido na Área de Concentração “Fundamentos do Direito Positivo”, na Linha de Pesquisa “Direito, Jurisdição e Inteligência Artificial”. A pesquisa foi realizada com fomento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio do Convênio n. 072/2013 e Termo de Cooperação n. 16/2023 com Delaware Law School/Widener University, estando vinculado à agenda internacional através do ODS n° 8 e ODS n° 16.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 Antecedentes históricos

Estabelecida a convivência em sociedade, é possível vincular a existência do próprio Estado à busca do homem pela felicidade, "pois a qualidade de vida é certamente o que almejam todos os seres humanos"[2], sendo o bem comum o fim último da existência do próprio Estado.

Este é, então, o papel do direito,

> que pode ser compreendido como o conjunto de padrões artificialmente criados que regem o empreendimento de tomada de decisões impactantes em sociedade, construídos sob os enfoques da segurança e da qualidade, de modo a viabilizar a convivência harmônica[3].

Tanto que Aristóteles[4] já vinculava o papel do Estado à busca do bem comum, da felicidade e da realização humana, afirmando mais além que este é o papel da justiça, pois "a justiça é a base da sociedade; sua aplicação assegura a ordem na comunidade social, por ser o meio de determinar o que é justo"[5].

E essa jornada em busca da felicidade por meio de uma sociedade justa tem como papel central a dignidade humana, visto que "a dignidade provê a base para justificar o motivo pelo qual os seres humanos devem ter direitos e definir quais os limites que tais direitos devem ter"[6].

Diferentemente do que se pode supor, a dignidade humana não constitui um conceito recente, eis que "desde a antiguidade é possível encontrar

---

[2] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas, 2007. p. 8.
[3] ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 183.
[4] "Mas o objetivo que nos propomos é discernir a melhor forma de governo, e esta é a que enseja a menor administração da cidade, e a melhor administração de uma cidade é a que lhe proporciona maior felicidade, obviamente, portanto, não podemos ignorar o que seja a felicidade". ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo, SP: Escala Educacional, 2006. p. 255.
[5] Ibid., p. 1.254.
[6] STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Revista Veredas do Direito**, v. 13, n. 26, p. 263-288, maio/ago. 2016. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/814. Acesso em: 20 ago. 2023. p. 273.

elementos, ainda que dispersos, que contribuíram para a construção da ideia moderna de dignidade"[7], vinculada intrinsecamente à busca da felicidade por meio da construção de uma sociedade mais harmônica e com mais qualidade de vida, que nos dizeres de Filomeno, também é essencial no estudo do direito do consumidor[8].

Assim, ao longo dos séculos, o direito passa a estabelecer regramentos necessários para todas as relações humanas conforme necessário para a vivência em sociedade, como ressalta Zanon Junior[9].

Nesse contexto é que se pode identificar, ao longo da história, o surgimento de diversos diretos relacionados ao fornecimento de produtos e serviços. Como enumera Filomeno[10], vários são os textos antigos contendo previsões imputando alguma responsabilização daqueles que forneciam produtos ou serviços, podendo inclusive algumas dessas obrigações ser extraídas do próprio Código de Hamurabi[11], ganhando a matéria destaque em todas as sociedades consideradas civilizadas[12].

Mas foi com a Revolução Industrial que houve a transformação dos meios produtivos da sociedade, que ocasionou as mudanças de maior

---

[7] DEMARCHI, Clovis; FONTANA, Douglas Cristian. Deveres fundamentais e dignidade humana: uma perspectiva diferente. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 14, n. 3, 3º quadrimestre, p. 560-577, 2019. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/15828. Acesso em: 22 set. 2023. p. 562-563.

[8] FILOMENO, op. cit., p. 8.

[9] "O direito abrange um acervo de elementos que visam determinar as deliberações relevantes em uma coletividade. Isto significa que alguns assuntos residem na esfera de disponibilidade do indivíduo, porém, outros temas causam impacto na convivência harmônica das pessoas e, por isto, merecem ser disciplinados pelas comunidades, por diversos meios disponíveis".
ZANON JUNIOR, op. cit., p. 183.

[10] "Os princípios hoje elencados tanto pelo Código de Defesa do Consumidor como pelo Código Civil de 2002 são consectários lógicos daqueles já enunciados por Ulpiano, ao definir o direito como ideário de moral e, principalmente, de Justiça (i. e., 'honeste vivere, neminen laedere et cuique suum tribuere') ou ainda de Celso (i. e., 'Jus est ars boni et aequi'), aproveitados pelo Direito Canônico medieval, e por toda a legislação subsequente, nos Estados laicos. Ou ainda, conforme ainda Cícero: 'fundamentum autem est iustitia fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas'. Ou seja: 'fundamento da justiça é a boa-fé, isto é, o cumprimento sincero dos compromissos e dos acordos' (De Officiis)".
FILOMENO, 2007, p. 5-6.

[11] "Há quem veja, já no 'Código de Hammurab'", escrito há mais de quatro mil anos, uma preocupação, ainda que latente, com a proteção daqueles que procuravam os serviços de terceiros, profissionais e experimentavam graves danos".
Ibid., p. 4.

[12] Ibid., p. 5-6.

influência nas relações de consumo, pois ocorreu a "modificação no processo de distribuição, causando cisão entre a produção e a comercialização".[13]

A partir de então os novos sistemas de produção e distribuição exigiram adaptações no mercado, o que culminou com a criação de novos instrumentos jurídicos. Todo o desenvolvimento ocorrido após a Revolução Industrial causou, por conseguinte, "verdadeiras revoluções tecnológicas e científicas verificadas ao longo do século XX, operando, em consequência, transformações sociais, econômicas e políticas profundas no mundo contemporâneo"[14].

Até então o direito ainda era imbuído do espírito liberal que originou os movimentos revolucionários do século XVIII, tendo como objetivo principal preservar a vontade das partes, então reguladora do direito privado[15]. Contudo, com a revolução industrial, passou-se a reconhecer a noção de vulnerabilidade. A liberdade anteriormente almejada passou a ser vista como um conceito meramente "no papel", já que "na prática, a parte mais forte exercia sua vontade sobre a mais fraca, que era simplesmente obrigada a contratar sob pena de ficar sem o bem da vida almejado"[16].

Houve assim a necessidade de mudanças legislativas, visto que a sociedade havia mudado, impondo-se a criação de uma nova ordem jurídica que acompanhasse estas mudanças sociais, diminuindo o descompasso entre o fato social e o jurídico[17].

Foi então que surgiram inicialmente os movimentos pró-trabalhadores nos países em pleno desenvolvimento industrial. E a partir destes, como que em conjunto, mas também como consequência, surgiu o movimento pela segurança do consumo (e dos consumidores)[18].

---

[13] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2022. p. 2.

[14] CAVALIERI FILHO, 2022, p. 2.

[15] "Os diplomas legislativos ocidentais reguladores do direito privado em geral têm por base a disciplina do Código Civil francês de 1804 ou do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemão que, por sua vez, têm por base o princípio da autonomia da vontade".
SIMÃO, José Fernando. Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

[16] Ibid., p. 25.

[17] Ibid., p. 27.

[18] "No que diz respeito ao movimento consumerista, ao qual já nos referimos linhas atrás, entretanto, já com a plena consciência de interesses e direitos dos consumidores a serem defendidos, bem como a definição de estratégias para essa mesma defesa, pode ser

Na sequência, motivado por inúmeros casos de acidentes de consumo em larga escala, descritos por Cavalieri Filho, houve a exigência de novas legislações em "um movimento mundial, visto que os inúmeros incidentes demonstraram que na realidade, exigia uma nova postura jurídica capaz de permitir o delineamento de um novo direito, fundado em princípios modernos e eficazes"[19]. Com isso, evoluiu-se para intervenção do Estado nas relações particulares, de forma que antes não era possível de se conceber, passando o Estado a regular relações até então reguladas exclusivamente pelas partes[20].

1.1.1 Legislações no contexto internacional

Nos Estados Unidos da América o consumidor começou a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado na década de 1960, tendo como marco inicial ato do Presidente Kennedy[21] que encaminhou Mensagem Especial ao Congresso dos Estados Unidos sobre Proteção dos Interesses dos Consumidores.

Na Itália, a Lei nº 66 de 1966[22] foi uma das primeiras a tratar especificamente dos direitos dos consumidores, estabelecendo regras para a responsabilidade dos fabricantes e distribuidores por produtos defeituosos.

Outro país pioneiro em legislar especificamente sobre direito do consumidor foi a França, que regulamentou a questão inicialmente em leis que protegiam os consumidores garantindo-lhes novos direitos[23], culminando em 1995 com o Decreto Legislativo *Code de la Consommation*[24] estabelecendo as obrigações dos fornecedores e direitos dos consumidores.

---

detectado nos chamados 'movimentos dos frigoríficos de Chicago', ocorridos nos finais do século XIX".
FILOMENO, 2007, p. 7.

[19] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 4.

[20] "A intervenção estatal fez-se necessária em virtude dos abusos que ocorriam em decorrência da ampla liberdade que a lei conferia às partes".
SIMÃO, 2003. p. 26.

[21] CAVALIERI FILHO, 2022. p. 5.

[22] ITÁLIA. Presidenza del Consiglio dei Ministri. **Legge 15 luglio 1966, n. 604.** Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1966-07-15;604!vig=. Acesso em: 25 set. 2023.

[23] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 6.

[24] FRANÇA. République Française. **Code de la consommation.** Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/2016-07-01/. Acesso em: 22 set. 2023.

A ONU também desempenhou um papel importante no desenvolvimento do direito do consumidor, incitando os países membros a estabelecer políticas de defesa dos consumidores (Resolução ONU n° 39/248, de 1985) como destacam Cavalieri[25] e Filomeno[26].

Como visto, e bem exemplificado por Silva Neto,

> o surgimento de um 'direito do consumidor', como segmento específico dentro do ordenamento jurídico, não é -nem foi - fenômeno exclusivamente nacional, mas sim fenômeno internacional, motivado pela massificação das relações de consumo.[27]

1.1.2 O marco da Constituição Federal de 1988

O Brasil vinha seguindo a tendência mundial rumo aos novos direitos, visto que mesmo muito anteriormente à Constituição Federal já havia estratégias legais para defesa do consumidor, como ressalta Silva Neto[28]:

> embora não existisse proteção exclusiva para a relação de consumo, já existia regulação para as relações de mercado, inclusive as de consumo, e que o comprador nessas relações (posição em que figura o moderno consumidor, se a relação for de consumo) já possuía alguma proteção.[29]

---

[25] "Em abril de 1985, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, após dois anos de negociações com o Conselho Social e Econômico, adotou por consenso, através da Resolução 39/248, uma série de normas internacionais para proteção do consumidor". CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 5.

[26] "A Resolução n° 39/248, de 10-4-1985,12 da Organização das Nações Unidas (ONU), inspirada na famosa Declaração dos Direitos do Consumidor, proferida pelo Presidente John Fitzgerald Kennedy, em 15-3-1962,13 delineia as principais diretrizes que devem ser adotadas, no plano universal, com vistas à defesa e à proteção efetivas dos consumidores". FILOMENO, 2007, p. 8.

[27] SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentário ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 9.

[28] "Este breve apanhado vai desfazer a errônea impressão, passada por alguns autores consumeristas, de que inexistia regra de proteção aplicável às relações jurídicas que hoje seriam consideradas " de consumo anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor. No final se perceberá que, embora não existisse proteção exclusiva para a relação de consumo, já existia regulação para as relações de mercado, inclusive as de consumo, e que o comprador nessas relações (posição em que figura o moderno consumidor, se a relação for de consumo) já possuía alguma proteção". Ibid., p. 3.

[29] Ibid., p. 3.

Todavia, no Brasil não houve um movimento popular em luta pelos direitos do consumidor, sendo este construído a partir da experiência externa, com a iniciativa de associações e do próprio Estado.[30]

Na década de 1980 o Brasil já aderia ao forte movimento mundial que exigia a regulamentação dos direitos do consumidor[31], e essa conscientização foi então levada para a Assembleia Nacional Constituinte.

Foi assim que o constituinte originário instituiu a defesa do consumidor como um imperativo constitucional do Estado e um direito fundamental do consumidor[32], sendo certa esta interpretação diante do capítulo em que foi inserida a obrigação[33], tratando-se de cláusula pétrea.

Com isso, "a partir de 1988, a defesa do consumidor inclui-se na chamada ordem pública econômica, cada vez mais importante na atualidade, pois legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares".[34]

A CF/88 ainda impulsionou um avanço significativo na legislação de direitos do consumidor no Brasil ao determinar expressamente em seu art. 48 dos Atos das Disposições Transitórias que "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor".[35]

---

[30] "Enquanto nos EUA a defesa do consumidor nasceu de movimentos dos próprios consumidores, no Brasil iniciou nos primórdios dos anos 1970, com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais voltadas para esse fim".
CAVALIERI FILHO, 2022, p. 6-7.

[31] "A existência de uma tendência mundial de proteção ao consumidor a partir dos anos 1960 está associada à evolução geral na compreensão e pensamento sobre o funcionamento da relação ou experiência de consumo, incluindo seus aspectos sociais, históricos e econômicos".
SILVA NETO, op. cit., p. 11.

[32] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 10.

[33] "A colocação de referido dever é de vital importância, uma vez que, como se sabe, o art. 5° de nossa Carta Constitucional está no Capítulo I do Título II, que cuidam 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', de forma geral, e dos 'Direitos e Deveres Individuais e Coletivos', especificamente".
FILOMENO, 2007, p. 13.

[34] MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 59.

[35] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

1.1.3 A construção do Código de Defesa do Consumidor

A partir do movimento constitucional, em 1990 o Brasil promulgou o Código de Defesa do Consumidor (CDC)[36].

Sem adentrar na polêmica questão da autoria do CDC[37], o fato é que a legislação é reconhecidamente uma das leis mais abrangentes e influentes na proteção dos direitos dos consumidores, sendo considerado "instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade e outros mais".[38]

Além disso, o CDC também estabelece o princípio geral de toda a atividade econômica, como destacam Marques, Benjamin e Miragem:

> Em vigor no Brasil desde I1 de março de 1991, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/1990, representa um dos esforços legislativos de maior sucesso, tornando-se modelo na América Latina. Nestes vinte anos de prática, a parte material recebeu um importante desenvolvimento jurídico original (Rechtsfortbildung) através da atuação do Judiciário[39].

Ovacionado como uma obra de vanguarda "o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor constitui uma típica norma pós-moderna, no sentido de rever conceitos antigos do Direito Privado, tais como o contrato, a responsabilidade civil e a prescrição".[40]

Muito além de ser apenas uma legislação inovadora, como ressalta Filomeno, o CDC "é muito mais uma filosofia de ação, eis que traça uma

---

[36] BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 21 ago. 2023.

[37] "Há certa discordância sobre a "paternidade" efetiva do Código. Como curiosidade histórica, vários políticos se arvoram na qualidade de autores do Código de Defesa do Consumidor, o que, de certo modo é justificado, uma vez que, como bem explicam Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, foram pelo menos seis os projetos baseados total ou parcialmente nos trabalhos realizados pela comissão apontada pelo CNDC".
SILVA NETO, 2013, p. 9.

[38] CAVALIERI FILHO, 2022, p. 10.

[39] MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2021, p. 25.

[40] TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual, volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022. p. 5.

política ou um conjunto de diretrizes que devem ser seguidas para que o consumidor seja efetivamente protegido e defendido".[41]

Nasce assim uma nova ordem jurídica, que virá inclusive a influenciar os demais ramos do direito, pois ao expressamente prever que as normas do CDC possuem interesse social, o legislador está dizendo que, apesar de regularem relações predominantemente interpessoais, existe um interesse da sociedade no fato jurídico por elas regulado.[42]

1.2 Consolidação do direito do consumidor

1.2.1 A firmação do CDC

A entrada em vigor de uma lei de função social trouxe como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes da sociedade[43], acarretando natural receio por parte da livre iniciativa.

Mostrou-se fundamental, neste sentido, a boa e correta aplicação do CDC, não como uma forma de punição da atividade econômica, mas como uma forma de garantir o equilíbrio nas relações de consumo, adequando-as à visão de que o direito do consumidor deve "justamente reequilibrar as relações contratuais, impondo estes novos deveres para o fornecedor e assegurar novos direitos para os consumidores, face à complexidade das relações consumeristas".[44]

Com isso, o receio inicial acerca do caráter abusivo do DCD e sua polêmica nos primeiros anos restaram superados, principalmente com o advento do Código Civil de 2002, que veio a integrar vários de seus princípios norteadores.[45]

---

[41] FILOMENO, 2007, p. 15.
[42] SILVA NETO, 2013, p. 21.
[43] MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, op. cit., p. 59.
[44] CARVALHO, Diógenes Faria de; MATSUSHITA, Thiago Lopes; ISHIKAWA, Lauro. A multifuncionalidade da boa-fé objetiva e a revelação de condutas das partes no contrato para serem atendidas: realidades sociojurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 25, n. 3, p. 954–973, 2020. doi: 10.14210/nej.v25n3.p739-756. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18334/10519. Acesso em: 29 set. 2023. p. 960.
[45] "Nos seus primeiros dez anos de vigência, o Código do Consumidor encontrou uma ordem jurídica hostil, baseada na antiética, na "Lei de Gerson", pelo que teve que enfrentar muita resistência. Em suma, foi muito difícil e conflituosa a aplicação do Código do Consumidor. A

No decorrer dos anos restou também superada a questão acerca da autonomia do direito do consumidor, visto que reconhecido o CDC como um microssistema jurídico com preceitos e normas de conduta próprios, não caracterizando, entretanto, um direito autônomo como o direito civil ou direito penal.[46]

1.2.2 Conflitos e complementaridades com o Código Civil

A aplicação do CDC na relação consumerista, ao invés do Código Civil, apresenta diversas vantagens ao consumidor.[47]

Isto não implica, contudo, em negar a aplicação complementar do Código Civil, diante da teoria do diálogo das fontes, sendo que o Código Civil será sempre considerado subsidiariamente em qualquer relação negocial[48]. Ou seja, ao contrário de se contraporem, o direito do consumidor sempre irá se valer dos conceitos e regras gerais do direito civil[49].

Assim, mesmo após o advento do Código Civil de 2002[50], não há que se falar em conflito, visto que o Código Civil continua sendo o alicerce que estabelece e ajusta a ordem jurídica privada infraconstitucional.

Trata-se em realidade de reconhecer que a relação consumerista tem características próprias que diferem das relações civis comuns[51], permitindo-se a aplicação simultânea de ambas as legislações, uma servindo e base para a

---

partir do momento em que o Código Civil de 2002 criou uma ordem jurídica mais justa e mais ética, a convivência entre o CDC e o Código Civil passou a ser harmoniosa". CAVALIERI FILHO, 2022, p. 41.
FILOMENO, 2007, p. 22.

[47] SIMÃO, 2003, p. 194.

[48] "É em nome da Teoria do Diálogo das Fontes que o instituto civil dos vícios de consentimento deve ser invocado para incidir também nos contratos consumeristas e em especial naqueles que têm por base a Internet. Isso porque a citada Teoria faz com que o CDC 'converse' com o Código Civil e busque neste a supressão das eventuais omissões que aquele diploma especial possui em relação aos requisitos para formação do contrato". PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 23, n. 2, p. 521–548, 2018. doi: 10.14210/nej.v23n2.p521-548. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13408/7617. Acesso em: 29 set. 2023. p. 542.

[49] TARTUCE; NEVES, 2022, p. 17.

[50] BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 11 jan. 2002. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

[51] FILOMENO, 2007, p. 4.

outra, num "(diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, se uma é a lei central do sistema e a outra um microssistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade" como justificam Marques, Benjamin e Miragem[52].

1.3 Diretrizes principiológicas do CDC

Como já abordado, o CDC interveio "de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade"[53] impondo uma nova realidade social, sendo assim importante destacar quais foram os princípios que trouxeram esta nova visão do direito e alteraram a nossa ordem jurídica.

1.3.1 Boa-fé como base fundamental

Princípio de maior importância no direito, pode-se dizer, nas palavras de Tartuce e Neves[54], que a boa-fé objetiva é o coração do CDC.

A boa-fé é o dever de agir com lealdade e cooperação, abstendo-se de condutas ilegítimas, sendo que, conforme Braga Netto "daí decorrem múltiplos deveres anexos, deveres de conduta que impõem às partes, ainda na ausência de previsão legal ou contratual, o dever de agir lealmente"[55].

Tão importante a boa-fé nos negócios que posteriormente o próprio Código Civil consagrou expressamente o princípio em seus arts. 113[56] e 187[57].

Pelo princípio da boa-fé, ao celebrar um contrato as partes não estão apenas contratando a prestação principal, mas também assumindo

---

[52] MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2021, p. 29.

[53] Ibid., p. 59.

[54] "Regramento vital do Código de Defesa do Consumidor, representando seu coração, é o princípio da boa-fé objetiva, constante da longa redação do seu art. 4°, inciso III". TARTUCE; NEVES, 2022, p. 32.

[55] BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor:** à luz da jurisprudência do STJ. 17. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 112.

[56] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

[57] "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

compromissos de colaboração, respeito, lealdade e outros, atuando a boa-fé como critério definidor da abusividade do direito, flexibilizando o sistema consumerista e positivando em todo seu conteúdo uma série de deveres anexos às relações contratuais[58].

Nos dizeres de Carvalho, Matsushita e Ishikawa:

> No plano dos contratos de consumo, as partes são iluminadas pela boa-fé objetiva, visto que, externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica; e, internamente, o contrato aparece como vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização de seus fins e a satisfação das expectativas dos negociantes.[59]

Ou seja, a boa-fé deve ser entendida no seu sentido mais amplo possível, como refletem Tartuce e Neves, pois "a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva)".[60]

É assim que o princípio da boa-fé é um direito-dever, sendo exigido que todas as partes se comportem de acordo com os padrões de ética, lealdade, honestidade e colaboração exigíveis nas relações de consumo, como ressaltado por Demarchi e Santana:

> Dentro da categoria dos deveres, estão os deveres fundamentais. Sob um ponto de vista formal, os deveres fundamentais são aqueles deveres contidos na Constituição, impostos aos indivíduos. Podem ser condutas negativas, de mero acatamento, ou positivas, determinando um agir. De um ponto de vista mais estrito, pode-se dizer que os deveres fundamentais são condutas ou atuações impostas em caráter geral em benefício do interesse coletivo ou estatal; tais condutas não dependem de outros direitos ou competências estabelecidas na Constituição.[61]

Vários são os princípios que decorrem do princípio da boa-fé, norteando este todas as relações de consumo e a proteção contra práticas abusivas.

---

[58] CARVALHO; MATSUSHITA; ISHIKAWA, 2020, p. 959.
[59] Ibid., p. 956.
[60] TARTUCE; NEVES, 2022, p. 33.
[61] DEMARCHI; FONTANA, 2019, p. 570.

1.3.2 A Importância da informação e transparência

Embora diversos, os princípios da informação e da transparência se complementam.

O princípio da informação é extraído do princípio da boa-fé, mas vai além, tendo sua importância própria, visto que o "direito do consumidor assumiu uma nova feição objetiva e transformou o direito à informação, como direito fundamental, não o tratando apenas como dever anexo"[62], sendo que a própria Constituição previu que "é assegurado a todos o acesso à informação" (art. 5, XIV).

Na concepção restrita, diz respeito à própria obrigação fundamental de fornecer informação básica ao consumidor, reconhecendo-se que "as informações adequadas, suficientes e verazes são pilares do direito do consumidor, visto que o acesso à informação, em especial, é indeclinável para que o consumidor possa exercer dignamente o direito de escolha".[63]

Mas o princípio vai muito além do simples dever de informar. É assim que tanto por previsão constitucional quanto do "Código de Defesa do Consumidor, é dever do fornecedor educar, informar e conscientizar para o consumo consciente, correto e sustentável".[64]

É importante dar ao princípio da informação a amplitude necessária diante de sua importância e classificação como Direito Fundamental, como ressaltam Carvalho, Matsushita e Ishikawa:

> O direito à informação, conferido ao consumidor, é espécie do gênero Direitos Fundamentais, como especificação da tutela constitucional do consumidor. O princípio da informação pode ser classificado como um princípio constitucional implícito extraído da interpretação sistemática de outros princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana; da construção de uma sociedade livre, justa e solidária; do acesso à informação; da defesa do consumidor e outros. Não resta dúvida, do nível constitucional do princípio da informação nas relações de consumo.[65]

Do mesmo modo, exalta-se a importância da transparência, explicando Braga Netto que

---

[62] CARVALHO; MATSUSHITA; ISHIKAWA, 2020, p. 967.
[63] Ibid., p. 966.
[64] PARCHEN; FREITAS; MEIRELES, p. 531.
[65] CARVALHO; MATSUSHITA; ISHIKAWA, op. cit., p. 966.

> conduta transparente é conduta não ardilosa, conduta que não esconde, atrás do aparente, propósitos pouco louváveis. O CDC, prestigiando a boa-fé, exige transparência dos atores do consumo, impondo às partes o dever de lealdade recíproca, a ser concretizada antes, durante e depois da relação contratual.[66]

Estes princípios, pois, se intercalam, sendo que a informação está intimamente ligada à própria transparência e educação do consumidor acerca de seus direitos, estando previstos no inciso IV do art. 4° do Código de Defesa do Consumidor, sendo que "a educação formal, no caso, deve iniciar desde os primeiros passos da criança nas escolas, até porque, como sempre fazemos questão de assinalar, os direitos do consumidor são uma face dos próprios direitos de cidadania".[67]

1.3.3 Vulnerabilidade do consumidor como conceito direcionador

Uma das bases fundamentais do direito do consumidor é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor enquanto na relação consumerista.

Nos dizeres de Filomeno, "por vulnerabilidade há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito à chamada fase pré-contratual"[68]. Assim, tem-se que o reconhecimento da vulnerabilidade é fundamental à filosofia do direito do consumidor, pois, como afirma Cavalieri filho, a vulnerabilidade:

> é a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia. Reconhecendo a desigualdade existente, busca estabelecer uma igualdade real entre as partes nas relações de consumo. As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais. Entre partes iguais não se pode tratar privilegiadamente uma delas sob pena de violação do princípio da igualdade.[69]

---

[66] BRAGA NETTO, 2022, p. 78.
[67] FILOMENO, 2007, p. 19.
[68] Ibid., p. 16.
[69] CAVALIERI FILHO, 2022, p. 8.

Vários outros princípios são decorrentes do princípio da vulnerabilidade, tais como o princípio do equilíbrio das prestações e princípio da reparação integral.

Atualmente a ciência explica que a vulnerabilidade do consumidor não é apenas um conceito político/sociológico, havendo estudos demonstrando como se opera na prática essa vulnerabilidade, como por exemplo na aplicação de técnicas de neuromarketing que influenciam diretamente as pessoas na relação de consumo.[70]

Ressalta-se que vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem, embora ambas digam respeito ao consumidor, já que todo consumidor é por definição vulnerável, porém nem todo é hipossuficiente[71], sendo o conceito de hipossuficiência mais ligado a aspectos processuais.

2 AMADURECIMENTO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 Harmonizando interesses: direito do consumidor e livre iniciativa em equilíbrio

Como visto anteriormente, ultrapassados os percalços iniciais, o CDC se estabilizou e criou raízes como forma e meio de garantir o equilíbrio entre as partes na relação consumerista.

Com o advento do Código Civil de 2002 firmou-se a proibição do abuso de direito (art. 187), conceito até então não expresso na nossa legislação.

Aliado a isso, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência amadurecem no sentido de não dar ao CDC um caráter paternalista, pois como ressalta Filomeno “equivocam-se aqueles que, ao fazerem uma leitura apressada do

[70] “Sabendo que as decisões impulsivas, emocionais e não racionais são as maiores responsáveis pelo consumo, o neuromarketing explora a fundo os sistemas reptiliano e límbico do cérebro humano em busca da indução ou da sugestão do automatismo e do inconsciente, usando artifícios que ativem ou os exacerbem, bem como que produzam emoções e sensações de prazer no cérebro, diminuindo, portanto, a atuação ou a preponderância do córtex responsável pela decisão racional”.
PARCHEN; FREITAS; MEIRELES, 2018, p. 528.

[71] “Todo consumidor é vulnerável, por conceito legal. A vulnerabilidade não depende da condição econômica, ou de quaisquer contextos outros. A hipossuficiência, como dissemos, deve ser aferida no Caso concreto”.
BRAGA NETTO, 2022, p. 76.

Código de Defesa do Consumidor, concluem pela sua excessiva benevolência com o consumidor".[72]

Com certeza é objetivo primordial da legislação consumerista impedir as injustiças que possam ser provocadas contra os consumidores diante de sua vulnerabilidade, mas muito mais que isso, o que se busca é uma ordem social justa.[73]

Ao mesmo tempo que busca garantir os direitos do consumidor, o sistema consumerista incentiva o cumprimento dos contratos, como traduzem Tartuce e Neves:

> O Código de Defesa do Consumidor valoriza sobremaneira, naquilo que for possível, a vontade anteriormente manifestada, visando a sua manutenção diante de uma confiança depositada, o que liga o princípio da conservação contratual à boa-fé objetiva. Como o intuito é o aproveitamento do negócio jurídico, diante da sua importância para a sociedade, a conservação também possui um traço que a relaciona com o princípio da função social dos contratos, o que parece ser a melhor opção principiológica.[74]

Ou seja, não se deve ver o Código como paternalista, visto que na verdade o CDC busca o maior equilíbrio possível entre consumidores e fornecedores, reconhecendo que "quando a proteção é exagerada acaba desprotegendo; a proteção se volta contra o protegido. Para promover esse equilíbrio o Código estabelece uma série de princípios como haveremos de ver, cuja boa aplicação dependerá do talento do intérprete".[75]

Há que se encontrar o equilíbrio entre os diversos interesses sociais, tendo em mente que "se o 'desenvolvimento' for relacionado apenas a considerações quantitativas, resultará em prejuízos à humanidade, pois é preciso que seja compatível com a dignidade da pessoa humana"[76] sendo evidente no CDC a escolha pelo justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes.[77]

---

[72] FILOMENO, 2007, p. 3.

[73] No Estado Social de Direito, a proteção ao consumidor não é dado isolado que se justifique apenas pela necessidade de se tutelar o contratante débil. Insere-se, outrossim, na preocupação institucional de ordenar um sistema econômico e social e de vinculá-lo ao processo de desenvolvimento econômico da sociedade.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 245.

[74] TARTUCE; NEVES, 2022, p. 53.

[75] CAVALIERI FILHO, 2022, p. 37.

[76] STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 280.

[77] TARTUCE; NEVES, op. cit., p. 32.

Theodoro Júnior contempla a importância de ambos os valores, ao afirmar:

> A Constituição brasileira de 1988, nessa ordem de ideias, traça o projeto da ordem econômica a ser implantado num Estado que se proclama social e de direito, como fundado na livre-concorrência e na defesa dos direitos do consumidor, entre outros princípios (art. 170). A livre-iniciativa e o desenvolvimento econômico são, outrossim, abraçados como princípios fundamentais da república brasileira (arts. 1°, IV, e 3°, 11).[78]

É assim que se reconhece que a livre iniciativa é importantíssima e merece resguardo. Contudo, o progresso não pode perder de vista a sua função social, e a busca por uma sociedade igualitária, humana e justa, sendo certo que o papel estatal é fornecer estas garantias, como relembrado por Staffen e Santos.[79]

2.2 Desafios atuais do direito do consumidor e compromisso com a sustentabilidade

Os primeiros desafios enfrentados pelo CDC diziam respeito à efetivação dos direitos do consumidor, e foram remediados com diversos recursos disponibilizados com vista à concretização do princípio da reparação integral, considerado como fundamental ao direito do consumidor.[80]

Superados, ao menos em parte, estes desafios iniciais nos vemos atualmente vivendo uma nova era, caracterizada “pela enorme velocidade e volume crescente de informações, armas de sedução utilizadas pelos fornecedores e prestadores para atraírem os consumidores à aquisição de produtos e serviços”.[81]

Como ressaltado por Jacobsen, que bem resume os tempos de transformação que vivemos, nosso cenário atual é de “grandes transformações

---

[78] THEODORO JÚNIOR, 2023. p. 247.

[79] “Em uma sociedade em que houver discriminação arbitrária, desrespeito à autodeterminação pessoal, se o próprio Estado não realizar políticas concretas e serviços eficazes em prol do ser humano, em que a integridade física e moral não for respeitada, em que a coexistência saudável e harmônica não tiver lugar, em que os seres humanos forem tratados como coisas, em uma sociedade que mantenha tais injustiças de modo duradouro e tolere tais aviltamentos, a dignidade da pessoa humana não encontrará terreno para germinar e fazer-se vívida em benefício coletivo”.
STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 278-279.

[80] BRAGA NETTO, 2022, p. 98.

[81] TARTUCE; NEVES, 2022, p. 38.

globais e com as aflições, complexidades e incertezas típicas do que se passou a chamar de sociedade de risco, com desafiadores reflexos para a conformação do Estado, da sociedade e do próprio direito".[82]

E muito além da discussão centrada no consumidor, temos a premente situação da sustentabilidade, que exige toda a nossa atenção nos tempos atuais, e que está diretamente ligada ao consumo, pois precisamos nos atentar que "é preciso consumir o necessário para nossa vida, e diminuir o consumo abusivo e depredador para podermos garantir a vida para todos, aqui abarcadas todas as formas de vida, numa visão biocêntrica, em todos os lugares do mundo e para as presentes e futuras gerações".[83]

Vê-se, portanto, que não são de fácil solução os novos desafios enfrentados pela sociedade, que de um lado precisa se preocupar com a sustentabilidade do planeta, e de outro busca a melhor qualidade de vida em busca da felicidade.

Tudo isso estando ainda sujeita às ferramentas tecnológicas utilizadas para aumentar a necessidade de consumo, como alertado por Parchen, Freitas e Meireles[84], sendo já reconhecido que técnicas científicas vêm contribuindo para o aumento da vulnerabilidade biológica ou psíquica "onde o consumidor é induzido a consumir por meio de técnicas de marketing"[85], o que demostra a real necessidade de se ocupar da questão da sustentabilidade.

Estes desafios modernos transcendem as fronteiras nacionais. O mudo está mudando com uma velocidade jamais vista, e as questões enfrentadas

---

[82] JACOBSEN, Gilson. Juizados especiais federais e jurisdição de equidade no cenário atual. **Revista CEJ**, Brasília, ano XX, n. 70, p. 57-66, set./dez. 2016. Disponível em: //revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2167. Acesso em: 19 ago. 2023. p. 58.

[83] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, p. 207-231, 2021. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/83685/79370. Acesso em: 24 set. 2023. p. 212.

[84]"Quando o assunto é a sociedade contemporânea, o uso do neuromarketing é insidioso e aumenta a vulnerabilidade do consumidor. Isso porque a velocidade de acesso à informação causada pelo advento da Internet banda larga se une à imediatidade e à instantaneidade da produção e da disseminação da informação que tem por base o uso em grande escala de smartphones, tablets, drones e computadores. O resultado é o consumo desenfreado e insustentável que se verifica, por exemplo, na chamada obsolescência programada". PARCHEN; FREITAS; MEIRELES, 2018, p. 528.

[85] AZEVEDO, Anna Karoline Carneiro Nery. Comércio eletrônico: a vulnerabilidade agravada do consumidor virtual e sua proteção no Brasil. In: CALADO, Vinícius de Negreiros (org.) et al. **Temas de direito do consumidor:** estudos em homenagem aos 30 anos do CDC. Recife, 2020. *E-book*. p. 35.

pela sociedade devem ser consideradas à luz dessa nova perspectiva, como alertado por Demarchi:

> Os problemas são globais e escapam ao controle dos Estados, visto que só podem ser controlados em escala planetária. São exemplos de problemas globais: as mudanças climáticas; a poluição; o tráfico de drogas; o tráfico de seres humanos; o terrorismo, a questão da segurança e, as pandemias, tendo a do coronavírus como a mais recente. O poder político representado pela ideia de soberania tende a ser substituído pelo poder econômico. E nesse contexto, há a necessidade de uma economia globalmente integrada, que tenha a liberalização comercial, a privatização e a estabilidade macroeconômica como fundamentos.[86]

É assim que vemos surgindo iniciativas como a do governo sueco, que incorporou metas ambientais à sua política de consumo, e, no início dos anos 2000, pleiteou que a União Europeia integrasse objetivos ambientais para as políticas envolvendo o direito do consumidor, instituindo uma comissão versando sobre consumo sustentável[87].

Acerca do papel do CDC em relação a estes novos desafios para o futuro, observam Tartuce e Neves:

> Como não poderia ser diferente, o Código de Defesa do Consumidor enquadra-se perfeitamente em tal realidade pós-moderna. Primeiro, por trazer como conteúdo questões de Direito Privado e de Direito Público. Segundo, por encerrar vários conceitos indeterminados, como o de boa-fé. Terceiro, por representar uma norma aberta, perfeitamente afeita a diálogos interdisciplinares, como se verá (diálogo das fontes). Quarto, por encerrar a pauta mínima de proteção dos consumidores.[88]

Mais importante do que nunca, deste modo, que o direito continue sua caminhada para a elevação de valores como a boa-fé, a confiança e o altruísmo em busca de uma sociedade mais justa[89], pois, nos dizeres de Staffen e Santos, o desafio contemporâneo na ciência jurídica "é reabilitar o político, o social e o cultural diante da hegemonia de uma razão econômica

---

[86] DEMARCHI, Clovis. Considerações sobre judicialização e ativismo judicial em tempos de crise. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, p. 75378-75396, 2021. Disponível em: https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/33633/pdf. Acesso em: 24 set. 2023. p. 75381.

[87] DALHAMMAR, Carl. Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Sweden. **Journal of European Consumer and Market Law.** Disponível em: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/9.4/EuCML2020053. p. 125.

[88] TARTUCE; NEVES, 2022, p. 8.

[89] CARVALHO; MATSUSHITA; ISHIKAWA, 2020, p. 972.

degradada quanto aos valores humanos; é auxiliar na formação de uma civilização mais humana e digna de viver".[90]

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com mais de 30 anos de aplicação, o CDC se apresentou como um instrumento criador de um novo sistema, espalhando seus princípios para todos os demais ramos do direito privado. Vencidos os desafios iniciais, houve a estabilização do direito do consumidor no Brasil, com ampla aplicação nos Tribunais, sendo uma das leis mais presentes no dia a dia dos cidadãos.

É assim que, nas palavras de Cavalieri Filho, pode-se considerar que "na constelação dos novos direitos, o Direito do Consumidor é estrela de primeira grandeza, quer pela sua finalidade, quer pela amplitude do seu campo de incidência"[91].

Reconhece-se também, que mesmo tantos anos após sua idealização, o Código continua sendo uma ferramenta que traduz os valores necessários para tratar de questões hodiernas, como o direito digital, devendo agora ser integrado em busca de um desenvolvimento sustentável.

Seu grande desafio, como ressalta Marques, é a sua capacidade de

> incluir todos estes personagens novos, os novos serviços inteligentes e os novos 'produtos simbióticos', a abundância e a proteção de dados pessoais no mercado e os chamados 'novos danos' nas relações de consumo todos dentro do campo de aplicação das normas do CDC.[92]

É assim que seus princípios de boa-fé objetiva e transparência deverão ser empregados na busca por uma sociedade mais justa, onde as relações de consumo levem em consideração a vulnerabilidade do consumidor não apenas perante o fornecedor, mas também perante a necessidade de consumo imposta por ferramentas científicas.

---

[90] STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 284.
[91] CAVALIERI FILHO, 2022, p. 2.
[92] MARQUES, Claudia Lima. Um código para todos ou 30 anos de código de defesa do consumidor: conquistas e standards estabelecidos (acquis consumens) face ao mundo digital. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **O direito do consumidor no mundo em transformação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 105.

Esses princípios são fundamentais para o desenvolvimento de uma política global integrada de defesa do consumidor de forma ampla, de forma sustentável, que proteja o meio ambiente e enfrente problemas urgentes como a proteção do meio ambiente e as mudanças climáticas.

A sustentabilidade é uma preocupação e uma responsabilidade da geração contemporânea, e a interconexão entre consumo e sustentabilidade exige uma abordagem que envolva o direito do consumidor, integrando normas que permitam um consumo consciente.

O direito do consumidor, portanto, enfrenta a missão de não apenas proteger os direitos imediatos dos consumidores, mas também de alinhar esses direitos com a necessidade de preservação do meio ambiente, sem perder de vista a necessidade de desenvolvimento de uma economia global saudável.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo, SP: Escala Educacional, 2006.

AZEVEDO, Anna Karoline Carneiro Nery. Comércio eletrônico: a vulnerabilidade agravada do consumidor virtual e sua proteção no Brasil. In: CALADO, Vinícius de Negreiros (org.) et al. **Temas de direito do consumidor:** estudos em homenagem aos 30 anos do CDC. Recife, 2020. *E-book*.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor:** à luz da jurisprudência do STJ. 17. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 11 jan. 2002. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2023.

CARVALHO, Diógenes Faria de; MATSUSHITA, Thiago Lopes; ISHIKAWA, Lauro. A multifuncionalidade da boa-fé objetiva e a revelação de condutas das partes no contrato para serem atendidas: realidades sociojurídicas. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 25, n. 3, p. 954–973, 2020. doi: 10.14210/nej.v25n3.p739-756. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18334/10519. Acesso em: 29 set 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Barueri: Atlas, 2022.

DALHAMMAR, Carl. Sustainability, the Circular Economy and Consumer Law in Sweden. **Journal of European Consumer and Market Law**. Ano 9, n. 3, p. 125-128, 2020. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/9.4/EuCML2020053. Acesso em: 19 ago. 2023.

DEMARCHI, Clovis. Considerações sobre judicialização e ativismo judicial em tempos de crise. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, p. 75378-75396, 2021. Disponível em: https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/33633/pdf. Acesso em: 24 set. 2023.

DEMARCHI, Clovis; FONTANA, Douglas Cristian. Deveres fundamentais e dignidade humana: uma perspectiva diferente. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v. 14, n. 3, 3º quadrimestre, p. 560-577, 2019. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/15828. Acesso em: 22 set. 2023.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

FRANÇA. République Française. **Code de la consommation.** Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069565/2016-07-01/. Acesso em: 22 set. 2023.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Dimensão social da sustentabilidade e a pandemia da Covid-19: uma análise das desigualdades sociais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, p. 207-231, 2021. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/83685/79370. Acesso em: 24 set. 2023.

ITÁLIA. Presidenza del Consiglio dei Ministri. **Legge 15 luglio 1966, n. 604.** Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1966-07-15;604!vig=. Acesso em: 25 set. 2023.

JACOBSEN, Gilson. Juizados especiais federais e jurisdição de equidade no cenário atual. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 57-66, set./dez. 2016.

Disponível em: //revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2167. Acesso em: 19 ago. 2023.

MARQUES, Claudia Lima. Um código para todos ou 30 anos de código de defesa do consumidor: conquistas e standards estabelecidos (acquis consumens) face ao mundo digital. In: BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coords.). **O direito do consumidor no mundo em transformação.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 23, n. 2, p. 521–548, 2018. doi: 10.14210/nej.v23n2.p521-548. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13408/7617. Acesso em: 29 set. 2023.

PROBST WERNER, Felipe; DAS NEVES GONÇALVES, Everton. **A** Desconsideração da Personalidade Jurídica Sob a Perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí- (SC), v. 25, n. 3, p. 739–756, 2020. DOI: 10.14210/nej.v25n3.p739-756. Disponível em: https://doi.org/10.14210/nej.v25n3.p739-756. Acesso em: 21 ago. 2023.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentário ao código de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Vícios do produto no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2003.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Revista Veredas do Direito**, v. 13, n. 26, p. 263-288, maio/ago. 2016. Disponível em: http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/814. Acesso em: 20 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual, volume único. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

A NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL E SEU CONTROLE JUDICIAL

THE LEGAL NATURE OF THE ENVIRONMENTAL LICENSE AND ITS JUDICIAL CONTROL

Laudenir Fernando Petroncini[1][2]
Marcelo Buzaglo Dantas[3]

Resumo: O artigo explora a natureza jurídica da licença ambiental e seu controle judicial, argumentando que se trata de um ato administrativo vinculado baseado no cumprimento de requisitos legais e na harmonização de princípios constitucionais. A Administração Pública realiza um controle prévio do exercício de direitos pelos particulares, exigindo licenciamento para atividades que possam impactar o meio ambiente, harmonizando direitos individuais com o interesse coletivo. A necessidade de licenciamento ambiental é fundamentada na Constituição Federal, que condiciona o exercício da livre iniciativa e da propriedade privada ao princípio da função social da propriedade e à proteção ambiental. Impactos ambientais podem ser positivos ou negativos, sendo que o licenciamento visa prevenir a degradação significativa do meio ambiente. A licença ambiental é considerada um ato administrativo vinculado, onde a autoridade administrativa verifica o cumprimento de requisitos legais estabelecidos previamente, sem liberdade para decisões discricionárias. O silêncio da administração no licenciamento ambiental não equivale à concessão tácita de licença ou autorização, sendo necessário que a autoridade se manifeste explicitamente. O licenciamento ambiental é um processo complexo dividido em várias fases, onde cada etapa condiciona a seguinte, culminando na verificação do cumprimento dos requisitos legais para a operação da atividade.

Palavras-chave: atos administrativos; autorização; licença; licenciamento ambiental; controle judicial.

Abstract: The article explores the legal nature of the environmental license and its judicial control, arguing that it is a binding administrative act based on compliance with legal requirements and the harmonization of constitutional

---

[1] O texto faz parte do programa de pesquisa internacional conjunto entre o PPCJ/Univali e a Widener University - Delaware Law School.

[2] Juiz de Direito. Especialista em Gestão Fazendária pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Especialista em Gestão do Poder Judiciário pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, em programa de dupla titulação com a Widener University – Delaware Law School (EUA).

[3] Professor Orientador. Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Visiting Scholar da Elisabeth Haub School of Law - Pace University (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da Widener University – Delaware Law School (EUA), da Universidad de Alicante (ES) e da Università della Calabria (ITA).

principles. The Public Administration carries out a prior control of the exercise of rights by individuals, requiring licensing for activities that may impact the environment, harmonizing individual rights with the collective interest. The need for environmental licensing is based on the Federal Constitution, which conditions the exercise of free enterprise and private property to the principle of the social function of property and environmental protection. Environmental impacts can be positive or negative, and licensing aims to prevent significant degradation of the environment. The environmental license is considered a binding administrative act, where the administrative authority verifies compliance with previously established legal requirements, without freedom for discretionary decisions. The silence of the administration in environmental licensing is not equivalent to the tacit granting of a license or authorization, and it is necessary for the authority to manifest itself explicitly. Environmental licensing is a complex process divided into several phases, where each stage conditions the next, culminating in the verification of compliance with the legal requirements for the operation of the activity.

keywords: administrative acts; authorization; license; environmental licensing; judicial control.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende explorar a complexidade e a importância do licenciamento ambiental no Brasil, destacando sua natureza jurídica e os mecanismos de controle judicial associados. A licença ambiental é um procedimento administrativo essencial para a proteção do meio ambiente, exigido pela Constituição Federal para atividades que possam causar significativa degradação ambiental. Buscar-se-á argumentar que a licença ambiental é um ato administrativo vinculado, ou seja, a autoridade administrativa deve seguir estritamente os requisitos legais estabelecidos previamente, com espaço restrito para a tomada de decisões discricionárias e das consequências dessa constatação para a possibilidade de controle judicial da emissão da licença ambiental.

O artigo abordará a necessidade de harmonização entre os direitos individuais e o interesse coletivo, o que se busca por meio do exercício de um controle prévio, pela Administração Pública, do exercício de alguns direitos pelos particulares, como a exigência de licenciamento para a exploração de atividades potencialmente poluidoras. Esse controle é legitimado pela imposição legal de condições que visam harmonizar a fruição de direitos individuais com as

exigências impostas pelo interesse coletivo. O artigo também discutirá o fundamento constitucional do licenciamento ambiental, que condiciona o exercício da livre iniciativa e da propriedade privada ao princípio da função social da propriedade e à proteção ambiental.

Outra questão central a ser discutida no trabalho é a distinção entre licenças e autorizações. Enquanto a licença ambiental é um ato administrativo vinculado que reconhece um direito preexistente ao exercício de uma atividade, a autorização é um ato discricionário que cria o direito ao exercício de uma atividade. Além disso, o artigo discute a relevância do silêncio administrativo no licenciamento ambiental, enfatizando que o silêncio da administração não equivale à concessão tácita de licença ou autorização.

Por fim, o artigo pretende demonstrar que o processo de licenciamento ambiental, dividido em várias fases consecutivas, onde cada etapa condiciona a seguinte, culmina na verificação do cumprimento dos requisitos legais para a operação da atividade, garantindo assim um controle ambiental contínuo e eficaz. O artigo conclui que a licença ambiental é um ato administrativo vinculado, baseado na verificação de requisitos legais e na busca da melhor harmonização entre princípios constitucionais, limitando a discricionariedade administrativa e possibilitando, no que respeita aos elementos vinculados do ato, seu controle judicial.

1 A LICENÇA AMBIENTAL E SEU CONTROLE JUDICIAL

Por meio da exigência de licenciamento do desenvolvimento ou exploração de determinadas atividades, a Administração Pública realiza um controle prévio do exercício de direitos pelos particulares. Esse controle é legitimado pela imposição legal de condições voltadas a harmonizar a fruição de direitos individuais com o atendimento de exigências impostas pelo interesse coletivo[4].

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 407)

> Relativamente às licenças ambientais, os interesses a harmonizar são, de um lado, o do proprietário ou empreendedor, e de outro, o interesse da coletividade de que os impactos sobre o meio ambiente sejam submetidos a medidas mitigadoras, e a licença, quando concedida ao final de cada etapa do desenvolvimento de um empreendimento "o proponente da atividade cumpriu o que foi determinado pela legislação ambiental e pela Administração Pública".[5]

Os interesses do proprietário e do empreendedor estão consagrados, respectivamente, no atr. 1º, VI, combinado com o art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. O primeiro dispositivo estabelece que a liberdade de iniciativa privada é um dos pilares sobre os quais se fundamenta a República Federativa do Brasil, que, nos termos do parágrafo único do art. 170, assegura o "livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. O art. 170 também prevê em seu inciso II do mesmo art. 170 o princípio da propriedade privada, cujo exercício, contudo, deve submeter-se ao princípio da função social da propriedade, previsto no inciso III do mesmo dispositivo, ambos princípios já consagrados nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição.[6]

A necessidade de prévio licenciamento de atividades potencialmente poluidoras, com efeito, resulta da necessidade de harmonização dos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada com o princípio da função social da propriedade e, em particular, com o direito fundamental coletivo ao meio ambiente.

Embora a livre iniciativa e o direito de propriedade geralmente não estejam sujeitos a controle prévio, a Constituição prevê no artigo 225, IV, que a lei pode exigir avaliação do impacto ambiental para obras ou atividades com potencial de causar significativa degradação ambiental. O art. 225 reconhece o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo, atribuindo ao Poder Público a responsabilidade de estabelecer formas de controle prévio para prevenir a degradação ambiental.[7]

---

[5] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. posição 435

[6] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**. Brasília, 1988.

[7] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**. Brasília, 1988.

> Art. 225. 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.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [...]

Embora a livre iniciativa e o direito de propriedade geralmente não estejam sujeitos a controle prévio, a Constituição prevê no artigo 225, IV, que a lei pode exigir avaliação do impacto ambiental para obras ou atividades com potencial de causar significativa degradação ambienta.[8] O artigo 225 reconhece o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum, atribuindo ao Poder Público a responsabilidade de estabelecer formas de controle prévio conforme a lei para prevenir a degradação ambiental

Por meio do controle prévio das atividades que possam resultar em impactos mais significativos ao meio ambiente, deve o Poder Público investigar sua extensão e intensidade, com vistas à determinação de quais sejam as medidas mais adequadas para mitigá-los. Daí a exigência constitucional de que tais empreendimentos devam ser precedidos de estudos voltados à avaliação dos impactos ambientais.

Isso significa que a atividade significativamente prejudicial ao meio ambiente não pode ser realizada sem o prévio controle administrativo, somente podendo ser implementada após o reconhecimento, pelo órgão público competente, de que todas as exigências decorrentes da exigência constitucional de ponderação entre os princípios propriedade e da livre iniciativa e o da preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nos termos do preceito constitucional, as atividades cujo impacto ambiental não seja considerado significativo podem ser livremente exercidas, independentemente de licença. De outro lado, o legislador deve estabelecer critérios e requisitos para a compatibilização entre o exercício do direito à

[8] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.**. Brasília, 1988.

propriedade e a livre iniciativa e a proteção do meio ambiente, que este possa ser significativamente impactado de forma negativa.

Como observa Farias, considera-se impacto ambiental qualquer modificação das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, seja ela positiva ou negativa.[9]

> É importante destacar que o impacto ambiental é negativo ou adverso quando a ação resulta em dano à qualidade de um fator ou parâmetro ambiental, ou positivo ou benéfico quando a ação resulta na melhoria da qualidade de um fator ou parâmetro ambiental, visto que muitas vezes se tem associado erroneamente impacto ambiental a uma coisa ruim.[10]

O impacto que não seja resultante de uma ação humana obviamente não interessa ao estudo da necessidade de licenciamento de obra ou atividade. Tampouco há relevância para esse fim do impacto que seja considerado positivo, pois se cuida apenas de prevenir degradação ambiental significativa.

> Se só existissem impactos ambientais positivos não haveria razão para o licenciamento e outros instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente terem sido criados, de maneira que é a existência dos impactos negativos que justifica o instrumento. Por outro lado, os impactos positivos são levados em consideração na medida em que o licenciamento ambiental procura criá-los ou aumentá-los.[11]

De outro lado, não se trata de buscar manter intactos os recursos ambientais, mas de buscar a harmonização entre sua exploração e a necessidade de sua preservação, um equilíbrio entre o uso de recursos ambientais e a exploração de atividades econômicas.

Nesse sentido é que Bim destaca do conjunto de possíveis impactos ambientais a noção de dano ambiental, que seria o impacto significativo não previsto, e por isso não administrado e compensado:

> Impacto ambiental sempre ocorrerá, seja ele positivo, seja adverso ou negativo. O que o Direito Ambiental quer evitar pela via instrumento de

---

[9] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 1021)

[10] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 1068).

[11] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 1076).

> licenciamento ambiental é o dano ambiental, a alteração do meio ambiente não prevista no processo decisório, pois se o impacto ambiental não foi previsto no licenciamento ambiental, o órgão licenciador não pôde realizar a ponderação adequada entre os valores concorrentes e nem gerenciar os impactos mediante mitigantes.[12]

No dizer de Bim, não se concebe a possibilidade de implementação de todas e quaisquer atividades com absolutamente nenhum impacto ambiental:

> Confusão comum é a de que o licenciamento ambiental existe para implementar o impacto zero, gerenciando de tal forma os impactos do empreendimento de forma a desaguá-lo em um resultado de não agressão à natureza (poluição zero).
> Uma das razões para esse pensamento é a equivocada leitura do princípio da precaução, que teria como escopo "eliminar por completo os impactos ambientais causados pela atividade econômica." Não existe impacto zero, poluição zero ou mesmo danos ambientais completamente mitigáveis, não sendo tarefa do princípio da precaução realizar algo que não existe, pois não existe atividade humana que não cause impacto ambiental.[13]

Importa, pois, reconhecer que o particular ou mesmo o Poder Público, mesmo tendo o direito de explorar sua propriedade ou de empreender, deve submeter-se, previamente, a um procedimento por meio do qual a possibilidade de que possam provocar impactos negativos significativos ao meio ambiente seja avaliada. Nesse mesmo procedimento, pode ser constatada a necessidade de medidas atenuadoras de tais impactos, com vistas a harmonizar o empreendimento com a necessidade de preservação do equilíbrio ambiental.

Portanto, além da confirmação de que todas as exigências para o início da obra ou desenvolvimento da atividade foram cumpridas até a concessão da outorga, a licença ambiental também estabelece condições que precisam ser seguidas para garantir o equilíbrio e a conformidade verificadas pela Administração.

> Assim, a licença ambiental é uma espécie de outorga com prazo de validade concedida pela Administração Pública para a realização das atividades humanas que possam gerar impactos sobre o meio ambiente, desde que sejam obedecidas determinadas regras, condições, restrições e medidas de controle ambiental. Ao receber a

---

[12] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 5ed. edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2020. posição 2204).

[13] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 5 ed. edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pos. 2188).

> licença, o empreendedor assume os compromissos para a manutenção da qualidade ambiental da área de influência do local em que pretende se instalar e operar.[14]

É a autoridade competente que, nos termos da lei, deve determinar se essa harmonização foi alcançada no caso concreto e, assim, reconhecer formalmente o preenchimento dos requisitos impostos legalmente como condição para a fruição do direito de propriedade e de livre iniciativa. Esse reconhecimento se faz por meio da expedição da licença ambiental.

A licença ambiental é um ato administrativo que deve ser praticado pela autoridade competente quando preenchidos os requisitos legais que condicionam a localização, construção, instalação ampliação, modificação ou operação de empreendimentos que possam poluir ou degradar o meio ambiente natural.[15]

Nesse sentido, pode-se afirmar que a licença ambiental é um ato administrativo vinculado, pois ao administrador cabe apenas a verificação da ocorrência fática dos pressupostos estabelecidos previamente pelo legislador. Não se pode negar, contudo, que no processo de licenciamento ambiental uma série de juízos discricionários foram delegados pelo legislador à autoridade administrativa, ainda que muitos deles estejam de alguma forma condicionados ao exercício de juízos técnicos.

No procedimento administrativo de licenciamento ambiental, é essencial identificar os elementos onde o administrador está vinculado às escolhas prévias do legislador e aqueles onde há espaço para escolhas discricionárias dentro dos limites legislados. Isso é fundamental para determinar e orientar o alcance do controle judicial sobre a atuação do administrador.

A discricionariedade pode situar-se na interpretação de conceitos indeterminados empregados pelo legislador, chamados por Bullinger de

---

[14] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 452).

[15] "Art. 2º A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis." (BRASIL, Resolução CONAMA n. 237/ 1997, art. 2º)

conceitos discricionários, cuja interpretação, no seu entender, estaria incluída em um campo de livre apreciação administrativa, imune ao controle jurisdicional. Nesse espaço, o administrador estaria livre para escolher a interpretação da norma mais adequada a sua concretização ou à realização de sua finalidade, enquanto o julgador "deve dar primazia à interpretação feita pela administração, se ela lhe parecer defensável".[16]

Nesse mesmo sentido, afirma Barak que o administrador público tem competência discricionária para a realização de escolhas entre "opções razoáveis". Por força do princípio da separação dos poderes, a atribuição dessa competência ao legislador a retira do campo de atuação do julgador:

> Portanto, o tribunal não invalidará uma decisão do Poder Executivo que se enquadre na zona de razoabilidade, apenas porque o tribunal teria escolhido uma opção razoável diferente. A escolha entre opções razoáveis é função do Poder Executivo, não havendo espaço para intervenção judicial nessa decisão.[17]

Anular uma decisão administrativa significaria, portanto, que o juiz estaria invadindo a competência do administrador, substituindo a escolha discricionária do administrador pela sua própria.[18]

Ocorre que sempre que o julgador for chamado a determinar a razoabilidade da decisão administrativa questionada deverá, necessariamente, exercer um juízo de discricionariedade. Deverá interpretar a lei para determinar se o legislador prescreveu ao administrador uma conduta determinada ou se facultou-lhe a escolha entre algumas opções.

A determinação da denominada "zona de razoabilidade" à qual deve o administrador circunscrever sua atuação, portanto, implica que o julgador está,

---

[16] BULLINGER, Martin. A discricionariedade da administração pública. **Revista de Ciência Política**, v. 30, n. 2, 1987. p. 9).

[17] Tradução livre do original em inglês: "Therefore, the court will not invalidate a decision by the executive branch that falls within the zone of reasonableness, just because the court would have chosen a different reasonable option. The choice between reasonable options is the function of the executive branch, and there is no room for judicial intervention in that decision." BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Edição Kindle. Princeton: Princeton University Press, 2009. posição 39).

[18] BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Edição Kindle. Princeton: Princeton University Press, 2009. pos. 39).

por meio da interpretação da norma, estabelecendo os limites da discricionariedade administrativa.

Não é cabe ao administrador, portanto, determinar se a intenção do legislador foi a de delegar ao administrador a realização de escolhas discricionárias e definir o escopo ou a extensão dessa delegação,[19] fixando os limites de eventual delegação de competência discricionária ou das escolhas interpretativas que são facultadas ao administrador.[20]

Em última análise, sempre será necessário avaliar se a decisão administrativa contestada é razoável, e não é aceitável que a autoridade administrativa que tomou a decisão julgue sua própria razoabilidade. No dizer de Sunstein, aqueles cuja atuação está limitada pela lei não podem estar encarregados de definir o alcance dessa limitação.[21]

Nos Estados Unidos da América, há mais de 40 anos a Suprema Corte decidiu, no julgamento do caso Chevron v. NRDC, que o julgador deveria deferência à interpretação administrativa de leis ambíguas. Embora a eliminação das lacunas e ambiguidades da lei insira-se na função precípua do julgador, esse julgamento teria, no dizer de Elliott, atribuído às autoridades administrativas a competência para o oferecimento de respostas a perguntas não respondidas pelo legislador.[22]

O escopo da doutrina Chevron foi sendo moldado gradualmente pela Suprema Corte Americana ao longo dos anos.

No julgamento do caso Brown v. Williamson, abordou-se a questão judicial relativa à interpretação de uma norma jurídica pela autoridade administrativa no

---

[19] MONAGHAN, Henry P. Marbury and the Administrative State. **Columbia Law Review**, v. 83, n. 1, 1983. p. 26)

[20] MONAGHAN, Henry P. Marbury and the Administrative State. **Columbia Law Review**, v. 83, n. 1, 1983. p. 27).

[21] Tradução livre do original em inglês: "Why is the executive not permitted to construe constitutional ambiguities as it sees fit? The simplest answer is that foxes are not permitted to guard henhouses, or, in other words, those who are limited by law cannot decide on the scope of the limitation." (SUNSTEIN, Cass R. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the law is. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 2580–2610, 2006. p. 2584.)

[22] ELLIOTT, E. Donald. Chevron matters: how the chevron doctrine redefined the roles of Congress, courts and agencies in environmental law. **Villanova Environmental Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 1–18, 2005. p. 18).

que diz respeito à sua própria competência. No julgamento do caso, a Suprema Corte Norte-Americana concluiu por afastar a interpretação literal da norma, com base na qual a autoridade administrativa afirmava sua competência regulatória, afirmando que a outorga dessa competência somente poderia ser reconhecida se restasse evidenciado que essa era a intenção do legislador.[23]

Posteriormente, no julgamento do célebre caso Massachusets v. EPA, questionava-se uma interpretação administrativa com base na qual a autoridade sustentava que não lhe havia sido delegada competência discricionária, e que portanto deveria abster-se de regulamentar a emissão de gases de efeito estufa por veículos automotores.

Ao decidir sobre o caso, a Suprema Corte rejeitou essa interpretação, confirmando a existência da delegação de competência. Além disso, determinou que era intenção do legislador que a regulação administrativa fosse necessária e obrigatória sempre que a autoridade responsável concluísse que um determinado poluente poderia representar um risco à saúde e ao bem-estar públicos.[24]

Por isso, mesmo quando a aplicação da lei dependa de sua interpretação e atribuição de sentido e alcance pela autoridade administrativa, a revisão judicial será ainda possível. A atividade que Bullinger denomina "concretização

---

[23] Tradução livre do original em inglês: “But in Brown & Williamson, the Court had ruled that the Food and Drug Administration, a federal agency within the Department of Health and Human Services, lacked authority to regulate tobacco even though the plain meaning of the Food and Drug Act seemed capacious enough to include tobacco as a “drug.” Given the enormous political and social consequences of regulating tobacco as a drug, the Court reasoned that Congress should not be understood to have authorized this without evidence that it had specifically intended such a result.” (LAZARUS, Richard J. **The rule of five: making climate history at the Supreme Court**. Edição Kindle. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020. posição 1224)

[24] Tradução livre do original em inglês: “*MA v. EPA* establishes that agency denials of rulemaking petitions are in fact reviewable, and that an agency may decline to make rules only on the basis of factors the statute makes relevant. In the specific context of section 202, the Court determined that the relevant statutory factors are whether the air pollutant ‘cause[s], or contribute[s] to, air pollution which may reasonably be anticipated to endanger public health or welfare.’ These factors are scientific and causal; they do not include broader considerations of foreign affairs and public policy. Further, if EPA does make a threshold finding of endangerment, it has no choice but to regulate motor vehicle emissions, although within the terms of section 202(a) itself it would have considerable latitude to determine the timing and content of the ensuing regulation”. (FREEMAN, Jody; VERMEULE, Adrian. Massachusetts v. EPA: from politics to expertise. **Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper Series**, v. 8-, n. 11, 2007. p. 19)

inovadora" da lei por meio de sua interpretação a aplicação pela administração deve ser entendida apenas uma pré-apreciação, a ser submetida à revisão jurisdicional.[25]

Tudo isso não significa que a vontade do julgador deverá sempre se sobrepor à vontade do administrador, pois ao exercer sua função de interpretar a lei o julgador pode chegar à conclusão de que o legislador, como soe acontecer, pretendia efetivamente que a autoridade administrativa, com base em sua maior especialização e conhecimento das matérias em causa, determinasse a solução mais adequada no caso concreto à consecução dos objetivos visados pela lei. Em tais casos, devem prevalecer as escolhas administrativas, ressalvado o juízo de razoabilidade a que se refere Barak.

A revisibilidade judicial de um ato administrativo, por isso, não é limitada por argumentos como o de que se trata de interpretação da norma legal, ou de que se trata de mérito administrativo ou de juízos de oportunidade ou conveniência. Depende, antes, da determinação judicial da existência de espaço de discricionariedade expressa ou implicitamente delegados pelo legislador ao administrador. Quanto ao que já tenha sido decidido pelo legislador, portanto, de forma a vincular a atuação da autoridade administrativa, a revisibilidade judicial será sempre plena, pois uma vez interpretada a lei e determinado seu sentido segundo, o controle judicial se dá por mera subsunção do ato administrativo à norma legal.

O que distingue um ato administrativo vinculado de um discricionário, portanto, não é o fato de serem exigidas decisões de mérito, de oportunidade ou conveniência de sua prática. O elemento distintivo consiste no fato de que tais juízos discricionários terem sido já exercidos por outra autoridade competente, no caso dos atos vinculados, ou terem sido delegados à autoridade administrativa, no caso dos discricionários.

Todo ato administrativo consubstancia-se, na definição abrangente de Mello, em uma manifestação estatal realizada no exercício de prerrogativas

---

[25] BULLINGER, Martin. A discricionariedade da administração pública. **Revista de Ciência Política**, v. 30, n. 2, 1987. p. 9).

públicas, consistente em providências complementares à lei ou à constituição e voltadas ao seu cumprimento.[26]

O conceito destaca, desde logo, a relação de complementariedade e subordinação da atividade do agente administrativo em relação à do legislador ordinário ou do constituinte. Evidencia-se, também, o caráter instrumental do ato administrativo, no sentido de que sua finalidade é a realização dos preceitos legais e constitucionais, seu cumprimento.

O sujeito ativo do ato administrativo, quem pode praticá-lo, é o agente público ou autoridade administrativa a quem a lei tenha atribuído competência, bem como quem faça as vezes do Estado, como um particular que seja concessionário de um serviço público.

O que distingue o ato administrativo relativamente aos atos jurídicos em geral é o fato de ser praticado pela administração no exercício das prerrogativas que lhe são conferidas por normas de Direito Público em reconhecimento da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses dos particulares.

Nesse sentido, Meirelles aponta três condições a serem observadas para a prática do ato administrativo pela administração. Em primeiro lugar, destaca o autor a necessidade de que a administração "aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público", pois quando esse requisito não esteja presente, quando não se trate de ação voltada à promoção do interesse público "o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado".[27]

A segunda condição é que se trate de manifestação da vontade administrativa "apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores". Finalmente, a terceira condição caracterizadora da natureza administrativa do ato jurídico da administração

---

[26] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 393).

[27] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 174).

consiste na exigência de seja praticado por “agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.[28]

Tais condições correspondem a requisitos de validade do ato administrativo. Algumas delas referem-se a requisitos objetivos, cuja ocorrência pode ser apurada por meio da interpretação da norma e dos fatos, para verificação da correspondência da situação fática à hipótese normativa.

Outras, como a exigência de que a finalidade da prática administrativa seja a realização do interesse público, não podem ser objeto de controle por mera subsunção do fato à norma. A norma, na espécie, assume a forma de um princípio, cuja aplicação, como se verá, não se opera da mesma maneira que ocorre em relação às regras jurídicas.

Como qualquer ato jurídico, os atos administrativos também se sujeitam aos requisitos de validade dos atos ou negócios jurídicos em geral, previstos na lei civil. Os agentes que os praticam devem ser capazes, seu objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, e devem ser observados os requisitos formais previstos em lei ou por ela não vedados.

A eles, contudo, somam-se requisitos específicos, que no dizer de Meirelles “constituem a infraestrutura do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão”.[29]

Os requisitos específicos do ato administrativo, na forma como elencados por Meirelles, são a competência do agente que o pratique, a finalidade do ato administrativo, sua forma, o motivo de sua prática e seu objeto.[30]

Na prática, o controle de qualquer ato administrativo questionado em juízo terá sempre por objeto algum desses requisitos de validade, seja um mais simples e objetivo, como o preenchimento da forma legal exigida para sua prática, seja de requisitos mais complexos, como a conformação do ato com o

---

[28] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 174).

[29] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 175).

[30] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 175).

interesse público ou sua adequação à consecução da finalidade a ser realizada com sua prática, nos termos da lei.

2 O SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: SUA RELEVÂNCIA PARA FINS DE CONTROLE JUDICIAL

Um tema importante é a falta de ação administrativa quando essa ação é do interesse de um indivíduo. Isso ocorre frequentemente com a demora ou omissão da autoridade em responder a pedidos ou solicitações feitas por particulares.

Como lembra Carvalho Filho, nas relações privadas prevalece a regra de que o silêncio de uma parte produz os efeitos equivalentes aos da manifestação da anuência, salvo quando a lei exija que o consentimento seja expresso formalmente.

> No direito privado, a aplicação normativa sobre o silêncio encontra solução definida. De acordo a lei civil, o silêncio, como regra, importa consentimento tácito, considerando-se os usos ou as circunstâncias normais. Só não valerá como anuência se a lei a declarar indispensável a manifestação expressa (art. 111, Código Civil).[31]

Na espécie, os efeitos foram produzidos não porque a parte tenha praticado um ato jurídico, mas porque a lei atribui a um fato – o silêncio, ao cabo de um determinado período de tempo de que dispunha a parte para manifestar-se – os mesmos efeitos jurídicos que seriam produzidos caso o ato tivesse sido praticado.

No que diz respeito às relações jurídicas de que faz parte o Poder Público, contudo, não há previsão legal semelhante. Do silêncio da administração decorrem consequências jurídicas, e a lei pode prever a produção de efeitos jurídicos específicos, como a possibilidade de o particular poder continuar a exercer determinado direito, enquanto aguarda a resposta a um pedido de prorrogação dessa prerrogativa.

> Se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, seja

[31] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 107)

> porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão, está-se perante o silêncio administrativo.
> Em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido *in albis* o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é o mais comum) a pretensão do administrado ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado.[32]

Contudo, o silêncio da administração não produz, como regra, efeitos semelhantes aos decorrentes da manifestação de vontade, como ocorre nos negócios privados. É dizer, a lei pode reconhecer consequências à sua ausência, mas o silêncio da administração, em geral, não é equivalente à prática do ato administrativo.[33]

O silêncio não é, portanto, um ato administrativo, embora seja um fato do qual podem decorrer efeitos jurídicos, se previstos em lei.[34]

Nesse sentido afirmou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.245.149, que da ausência de resposta administrativa a pedido de licença ou autorização para exploração de atividade ou realização de empreendimento não se pode inferir a existência de uma licença ou autorização ambiental tácita:

> Em respeito ao princípio da legalidade, é proibido ao órgão ambiental criar direitos de exploração onde a lei previu deveres de preservação. Pela mesma razão, mostra-se descabido, qualquer que seja o pretexto ou circunstância, falar em licença ou autorização ambiental tácita, mormente por quem nunca a solicitou ou fê-lo somente após haver iniciado, às vezes até concluído, a atividade ou o empreendimento em questão. Se, diante de pleito do particular, o Administrador permanece silente, é intolerável que a partir da omissão estatal e do nada jurídico se entreveja salvo-conduto para usar e até abusar dos recursos naturais, sem prejuízo, claro, de medidas administrativas e judiciais destinadas a obrigá-lo a se manifestar e decidir.[35]

---

[32] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 421).

[33] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 422).

[34] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 108).

[35] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.245.149. Ministro Herman Benjamin, 9 out. 2012.

O silêncio é juridicamente relevante, naturalmente, quando a lei lhe atribua consequências. Os efeitos que se produzem podem resultar imediatamente da vontade do agente público que, conhecendo a lei, sabe quais os efeitos de seu silêncio e por isso deixa o tempo transcorrer sem qualquer atuação. A origem desses efeitos, contudo, pode ser atribuída mediatamente à vontade do legislador que, prevendo a possibilidade do silêncio ou do atraso administrativo, quis deixar definida antecipadamente a situação jurídica do administrado.

Em outros casos, a lei pode silenciar completamente quanto a possíveis consequências do silêncio ou omissão da administração quando deva esta manifestar-se.

Por fim, pode a lei, embora sem definir qual a consequência imediata do silêncio da administração, exigir que uma manifestação expressa da vontade administrativa seja produzida em um prazo determinado.

Mesmo nesses casos, contudo, o simples decurso do prazo não implica a possibilidade de atribuição de um sentido positivo ou negativo ao silêncio administrativo.

O silêncio não significa nada mesmo quando haja prazo para manifestação. O que se tem, nesses casos, é a inobservância de uma obrigação de fazer, de produzir uma manifestação da vontade administrativa, e não um deferimento ou indeferimento tácito da pretensão do administrado.

Na primeira hipótese, em que a lei já estabeleça a consequência jurídica da ausência de manifestação administrativa, não há interesse ou necessidade de intervenção judicial, pois a situação jurídica do administrado já resulta definida pela lei.

É o caso da previsão contida no art. 14, § 4º, da Lei Complementar n. 140/2011, segundo o qual, uma vez requerida no prazo legal a renovação da licença ambiental que esteja prestes a expirar, a falta de manifestação administrativa implica a automática prorrogação de sua vigência até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

A autoridade administrativa ainda pode praticar ato jurídico omitido, mesmo que com sentido diverso da consequência jurídica atribuída a sua omissão, mas enquanto não o fizer prevalecem as consequências jurídicas

prescritas pelo legislador. A intervenção jurisdicional somente se justificaria se a administração, tendo silenciado, agisse de forma a contrariar ou negar as consequências legalmente prescritas para seu silêncio, em prejuízo da posição jurídica do particular beneficiado por aquele silêncio.

Nas hipóteses em que a lei não atribui consequências jurídicas ao silêncio administrativo, o administrado não pode ficar à mercê dos caprichos dos agentes públicos, tendo direito a que sua situação jurídica seja considerada e definida pela autoridade competente.

A autoridade administrativa está obrigada a produzir a manifestação da qual depende o particular, seja quando a lei já estabeleça um prazo para essa manifestação, seja quando silencie também a esse respeito. Afinal, "o interessado faz jus a uma definição por parte da administração, valendo-se, inclusive do direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, "a", da vigente Constituição".[36]

Quando haja um prazo legalmente estabelecido para a manifestação administrativa, o descumprimento da obrigação já está caracterizado quando superado o seu termo final. Quando não haja um prazo predeterminado, a administração não está livre para manifestar-se a qualquer tempo, mas deve fazê-lo em tempo razoável.[37]

Em ambos os casos, seja na "ausência de manifestação volitiva no prazo fixado na lei, seja quando haja "demora excessiva na prática do ato quando a lei não estabeleceu prazo, considerada excessiva aquela que refoge aos padrões de tolerabilidade e razoabilidade",[38] o particular pode recorrer ao Poder Judiciário com vistas a superar a negligência administrativa.

Nesses casos, observa Mello, o particular pode pedir ao juiz que "supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora

---

[36] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 108).

[37] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 424).

[38] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 108)

postulado, se o administrado tinha direito ao que pedira", ou que "assine prazo para que a Administração se manifeste, sob pena de cominação de multa diária".

Observe-se que o que determina a existência de interesse processual que justifique o pedido de suprimento judicial da vontade administrativa ou, de outro lado, o que impede o juiz de fazê-lo, limitando-se a impor ao agente público o cumprimento de sua obrigação de fazer é a natureza vinculada ou discricionária do ato administrativo.

É dizer, se o particular demonstra o preenchimento de todos os requisitos exigidos pela lei para o exercício de um direito, e isso somente esteja sendo impedido pela ausência de manifestação administrativa, seria possível, segundo Mello, o reconhecimento judicial desse direito, pois "a Administração estava vinculada quanto ao conteúdo do ato e era obrigatório o deferimento da postulação".[39]

De outro lado, quando se trate de ato discricionário, o direito do administrado não pode ser estabelecido por mera subsunção, pois não há predefinição legal do surgimento do direito em face de requisitos especificados. Ainda assim, tem o particular o direito de exigir da administração que exerça sua discricionariedade, manifestando-se motivadamente a respeito do pedido formulado, seja para deferi-lo ou rejeitá-lo.

Nessa hipótese, o juiz não pode suprir a omissão administrativa, pois não é sua a competência para definir motivos para o deferimento ou indeferimento de uma pretensão do particular. A discricionariedade administrativa existente na espécie, contudo, não impede que o juízo imponha ao agente público a obrigação de manifestar-se no prazo que assinar, pois "o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado".[40]

Praticado o ato, os motivos apresentados podem ser objeto de questionamento judicial, respeitado o espaço de discricionariedade

---

[39] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 424).

[40] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 424).

administrativa, mas não é possível o suprimento judicial da ausência de manifestação – e, consequentemente, de motivação – administrativa discricionária.

Esse contexto evidencia a relevância de definir se o ato administrativo é vinculante ou discricionário, especialmente no que diz respeito às autorizações ou licenças ambientais, para estabelecer tanto a viabilidade quanto os limites do controle judicial sobre as ações administrativas nesse campo.

3 A DISTINÇÃO ENTRE LICENÇAS E AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS PARA FINS DE CONTROLE JURISDICIONAL

Os atos administrativos podem receber diversas denominações em conformidade com o seu conteúdo, restando assim categorizados em função da tradição e "pela cristalização de entendimento comum", ainda que essa classificação doutrinária ceda espaço em face das características ou denominação atribuídas a determinado ato pela legislação.[41]

Como visto, as possibilidades de controle judicial da legalidade dos atos administrativos – ou das omissões da administração – são diversas conforme se trate de atos discricionários ou vinculados.

Nos atos vinculados, o legislador já se encarregou de especificar os critérios ou requisitos para o exercício de um determinado direito. Cabe à administração apenas verificar a ocorrência desses requisitos e, reconhecendo sua existência, admitir o exercício do direito pelo particular.

Caso, presentes os requisitos, haja uma resposta negativa da administração, ou mesmo a negação de uma resposta, o Judiciário poderá fazer tanto anular a resposta ilegal quanto suprir a omissão ilegal. Em qualquer caso, trata-se apenas de aplicação da lei que traz os requisitos definidos pelo legislador ao caso concreto.

Nos atos discricionários, contudo, o legislador delega à administração a definição de critérios ou requisitos necessários ao exercício de um direito. O

[41] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 2018. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 405).

controle jurisdicional que se pode exercer na espécie diz respeito apenas à razoabilidade dos critérios ou requisitos impostos no caso concreto, a partir da motivação do ato praticado, ou do prazo para a manifestação administrativa.

Daí a importância da classificação dos atos administrativos em função dos requisitos legais para sua prática, que determinam a natureza vinculada ou discricionária de seu conteúdo. É a partir dessa classificação que os atos recebem sua denominação, merecendo destaque as licenças, autorizações e permissões, atos administrativos que, conquanto diversos, têm em comum o fato de enquadrarem-se "na categoria dos atos de consentimento estatal".[42]

A licença é em geral definida como ato administrativo de natureza vinculada. A lei pode condicionar o exercício de determinados direitos ou atividades, como uma profissão ou a exploração de atividades econômicas específicas, ao preenchimento de determinados requisitos, fixados pela própria lei ou em regulamento. Ao fazê-lo, pode impor a necessidade de controle administrativo prévio. Nesses casos, não bastará ao particular reunir os requisitos necessários ao exercício pretendido. Deverá, antes isso, apresentar à autoridade competente a comprovação do preenchimento dessas condições.

A licença é, assim, o ato administrativo por meio do qual a administração "formalmente declara terem sido preenchidos os requisitos legais e regulamentares exigidos".[43]

Na medida em que esses requisitos já estão definidos pela legislação, não dependendo da vontade da autoridade administrativa, o reconhecimento de seu preenchimento é ato administrativo vinculado:

> A licença não pode ser negada mediante a invocação de inconveniência ou inoportunidade, uma vez que sua outorga é condicionada objetivamente ao preenchimento de certos requisitos.[44]

---

[42] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 147).

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 406).

[44] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 407)

A doutrina faz por vezes referência à licença como um ato de consentimento da administração, por meio da qual se faculta ao interessado o exercício de determinada atividade ou constitui o direito a esse exercício.

Para Di Pietro, "Licença é o ato administrativo universal e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade".[45] Carvalho Filho define a "licença como o ato vinculado por meio do qual a Administração confere ao interessado consentimento para o desempenho de certa atividade".[46] Para Mello a licença "é o ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos".[47] Também Meirelles, embora afirmando o caráter vinculado da licença, afirma que por meio dela faculta "o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex., o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio".[48] Por fim, também a definição oferecida por Justen Filho, embora afirmando caráter vinculado e declaratório das licenças, sustenta que se trata de ato constitutivo de um direito, ao afirmar que por meio da licença "a Administração Pública formalmente declara terem sido preenchidos os requisitos legais e regulamentares exigidos e constitui o direito de um particular ao exercício de uma profissão ou atividade privada determinadas".[49]

Trata-se, contudo, de mera imprecisão terminológica que não carrega a pretensão de imputar à licença a natureza de um ato verdadeiramente constitutivo do direito de que se trata. Afinal, prevalece na atividade administrativa consistente no ato de conceder a licença o seu conteúdo

---

[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 273)

[46] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 147).

[47] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 448)

[48] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 213)

[49] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 406-407)

declaratório, de mero reconhecimento de que, no caso concreto, os requisitos e condições legais estão preenchidos. Ao fazê-lo, a Administração formaliza essa declaração por meio de manifestação a que se empresta o nome de licença.

A licença ou permissão para o exercício da atividade, contudo, não é outorgada pela autoridade administrativa competente para a conferência da presença dos requisitos, mas pela própria lei. Poder-se-ia dizer que a lei apenas impõe obstáculos, condições ao exercício da atividade. Isso não altera o fato de que não é o administrador quem remove os obstáculos ao exercício da atividade pretendida, mas o próprio particular, ao reunir os requisitos fáticos exigidos.

A autoridade administrativa, portanto, apenas reconhece a presença de tais requisitos e o declara por meio da emissão da licença, que, assim, "é ato declaratório de direito preexistente".[50] Tem a licença natureza vinculada, pois, "não pode ser negada mediante a invocação de inconveniência ou inoportunidade, uma vez que sua outorga é condicionada objetivamente ao preenchimento de certos requisitos".

> Trata-se de ato vinculado, porque o agente não possui qualquer liberdade quanto à avaliação de sua conduta. Se o interessado preenche os requisitos legais para a concessão da licença, tem ele direito a obtê-la, e, se houver denegação, admissível será até mesmo mandado de segurança para superar o abuso (art. 5º, LXIX, CF).[51]

Na maioria dos casos, as atividades, tenham ou não conteúdo econômico ou empresarial, podem ser exercidas pelo particular livremente, sendo a livre iniciativa um dos valores fundantes da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal.

A lei pode, contudo, estabelecer requisitos para o exercício de determinadas atividades quando isso se mostre necessário para a proteção de outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico. É o que ocorre quando o legislador federal estabelece "condições para o exercício de profissões", no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso XVI do art. 22 da

---

[50] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 274)

[51] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 407)

Constituição Federal, quando estabelece condições e requisitos para a condução de veículos automotores ou quando condiciona a instalação de obras ou atividades que possam degradar o meio ambiente à mitigação dos impactos ambientais.

Estabelecidas tais condições pela lei, cabe à administração, em todos os casos e a qualquer momento, no exercício de seu poder de polícia, exercer a fiscalização de seu efetivo preenchimento pelos particulares.

A necessidade da emissão de uma licença surge, pois, naqueles casos em que a legislação exija que essa fiscalização seja exercida antes do início do exercício da atividade.

> Não são todas as atividades que reclamam a licença do Poder Público. Há, no entanto, algumas atividades que o indivíduo só pode exercer de forma legítima se obtiver o necessário ato administrativo de licença. Através da licença, o Poder Público exerce seu poder de polícia fiscalizatório, verificando, em cada caso, se existem, ou não, óbices legais ou administrativos para o desempenho da atividade reivindicada.[52]

Dada sua natureza declaratória, a licença "só é pertinente naquelas hipóteses em que preexiste o direito subjetivo ao exercício da atividade".[53]

> A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade.[54]

Há que ressalvar, contudo, que essa definitividade da licença não é absoluta. Respeitado o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, é possível que a legislação introduza novos requisitos para o exercício da atividade que se desenvolva de forma continuada, ou que imponha a periódica renovação da demonstração das condições necessárias para o seu desempenho.

É o caso da licença para condução de veículos automotores, em relação à qual se exige dos condutores que periodicamente demonstrem que preservam

---

[52] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 147)

[53] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 281)

[54] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 213)

as condições físicas e de saúde exigidas pela legislação para o desempenho dessa atividade.

> Sendo a licença um ato vinculado, deveria ela ter sempre o caráter de definitividade. Atos vinculados são definitivos, ou seja, uma vez consignado em lei o direito à atividade desejada pelo administrado, a licença, reconhecendo-lhe a possibilidade de exercício desse direito, não mais pode ser desfeita por ato posterior da Administração, salvo quando a própria lei estabelece prazo para eficácia da licença. Se a lei não o faz, a licença será definitiva.[55]

Mesmo na licença para construir, que não é atividade que se desenvolve de forma continuada, é possível que a licença perca seus efeitos se antes de realizada a edificação o legislador introduz novas exigências ainda não atendidas pelo particular.

> Todavia, no que tange à licença para construir, doutrina e jurisprudência a têm considerado como mera faculdade de agir e, por conseguinte, suscetível de revogação enquanto não iniciada a obra licenciada, ressalvando-se ao prejudicado o direito à indenização pelos prejuízos causados. O STF já confirmou, por mais de uma vez, esse entendimento.[56]

Não se pode dizer que, por isso, a licença concedida seja precária. Enquanto preenchidos os requisitos legais e regulamentares, enquanto não expirado o prazo de vigência eventualmente estipulados, a licença não pode ser revogada pela administração com base em argumentos relacionados à oportunidade e conveniência administrativas. Não há direito adquirido em relação às condições e requisitos legais, que podem ser alterados, mas enquanto atendidos os vigentes existe o direito subjetivo ao exercício da atividade e por isso a licença não pode ser revogada pela administração.

Diferentemente do que ocorre com a licença, contudo, as autorizações são, sempre, precárias. Isso porque não há direito subjetivo preexistente à autorização. A autorização, com efeito, é ato que tem natureza constitutiva do direito ao exercício de determinada atividade:

---

[55] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 148)

[56] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 148)

> Na autorização, o Poder Público aprecia, discricionariamente, a pretensão do particular em face do interesse público, para outorgar ou não a autorização, como ocorre no caso de consentimento para porte de arma; na licença, cabe à autoridade tão somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores.
> A autorização é ato constitutivo e a licença é ato declaratório de direito preexistente.[57]

Vale destacar que o ato administrativo terá natureza de licença – vinculado e, portanto, definitivo – e não de autorização – discricionário e, portanto, precário – não em função do nome que se lhe dê, mas em função de seu conteúdo e, especialmente, da previsão legal quanto aos requisitos para o exercício da atividade.

Assim, mesmo quando se chame "licença" ao ato administrativo praticado no exercício de competência discricionária, o ato ainda será precário e, portanto, revogável no interesse da administração.

> Lembre-se que, em certos casos, utiliza-se a expressão "licença" para veiculação de uma autorização revogável. Em tal hipóteses, caberia a revogação da licença no exercício de competência discricionária – mas isso somente poderá ser reconhecido quanto tiver sido utilizada a expressão "licença" em sentido não próprio.[58]

Nas autorizações, não há um direito subjetivo do particular ao exercício da atividade, preexistente a sua outorga. O direito do particular somente nasce a partir da outorga da autorização administrativa. Sem esta, o exercício da atividade é proibido, ao contrário do que ocorre em relação às autoridades que somente dependem de demonstração dos requisitos já estabelecidos pela legislação.

> A autorização é o ato precário e discricionário, porque não pressupõe um direito anterior a ser exercido. Vale dizer, o direito ao exercício da atividade autorizada nasce com a outorga da autorização. Ao contrário,

---

[57] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 273–274)

[58] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. p. 407)

> ela pressupõe uma proibição geral, expressa ou decorrente do sistema, ao exercício da atividade.[59]

Diferentemente do que ocorre com as concessões, as autorizações são atos unilaterais da administração, que "decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado".[60]

> Autorização – é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização para exploração de jazida mineral.[61]

O particular interessado solicita a autorização, mas seu interesse subordina-se inteiramente aos interesses da própria administração, que pode ou não deferir o pedido segundo seus próprios critérios de oportunidade e conveniência.

Não existe, por exemplo, um direito subjetivo do particular a realizar a extração de minerais de florestas de domínio público ou de preservação permanente. Contudo, se a administração considerar que essa atividade atende ao interesse público, é dizer, que seja oportuna e conveniente aos interesses da sociedade, podem autorizar essa atividade.

Não há requisitos que o particular possa alegar preenchidos e que lhe assegurem o exercício dessa atividade sem autorização, o que configura inclusive uma contravenção penal, nos termos do art. 26, "o", do Código Florestal.[62] A atividade somente pode ser explorada se a administração a autorizar.

---

[59] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 281)

[60] MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016. p. 213)

[61] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015. p. 448)

[62] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 281)

Da mesma forma, não existe um direito subjetivo do particular a entrar em floresta de preservação permanente com instrumentos próprios à exploração de produtos florestais, atividade que também depende de autorização, ainda que a legislação faça referência à necessidade de licença para esse fim (Código Florestal, art. 26, “c”).[63] Não havendo direito subjetivo preexistente, não se trata de situação que reclame a emissão de licença, mas sim a outorga de autorização.

4 NATUREZA JURÍDICA DA LICENÇA AMBIENTAL: LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO

A regulamentação da exigência constitucional de prévio estudo dos impactos ambientais é encontrada, primeiramente, na Lei n. 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, e cujo art. 10, na redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n. 140/2011, condiciona o exercício de qualquer atividade que utilize recursos ambientais ou que seja efetiva ou potencialmente poluidora ou causadora de degradação ambiental à prévia obtenção de uma licença administrativa.[64]

A licença é o reconhecimento formal pela autoridade administrativa de que os requisitos e condições impostos legalmente para o exercício de uma determinada atividade foram preenchidos no caso concreto.

> As licenças ambientais, em geral, são atos administrativos de controle preventivo de atividades de particulares no exercício de seus direitos. Há situações em que o particular é titular de um direito relativamente à exploração ou uso de um bem ambiental de sua propriedade. Mas o exercício desse direito depende do cumprimento de requisitos legalmente estabelecidos tendo em vista a proteção ambiental, de tal sorte que fica ele condicionado obtenção da competente licença da autoridade competente, pois que o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras é uma exigência da Lei 6.368, de 1981, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IV).[65]

---

[63] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 282)

[64] BRASIL. **Lei n. 6.938/1981**. Brasília,1981.

[65] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 284-285)

Antunes chama a atenção para o fato de que a licença ambiental é em regra concedida com prazo de validade determinado, e que ao final deste outras exigências podem ser impostas pela autoridade administrativa. Afirma, por isso, que o ato por meio do qual o Poder Público manifesta sua concordância com o exercício da atividade potencialmente poluidora não seria propriamente uma licença.

O autor aponta características que, a seu ver, distinguem as licenças ambientais das licenças administrativas em geral. Observa que as "licenças de direito administrativo, uma vez concedidas, passam a integrar o patrimônio jurídico de seu titular como direito adquirido", não podendo ser negadas pela autoridade administrativa quando a parte tenha demonstrado o preenchimento dos requisitos leais.[66]

Não obstante, também as licenças ambientais, uma vez concedidas, incorporam-se ao patrimônio jurídico do titular, na medida em que, como afirma também Antunes, "no prazo de validade da licença, a modificação de padrões de emissões e de lançamento de efluentes não é oponível ao titular de uma licença válida e que esteja sendo cumprida de acordo com as determinações nela contidas".[67]

O fato de a licença ambiental ser conferida com um prazo de validade determinado não é suficiente para distingui-la da categoria das licenças administrativas, pois não seria essa a única espécie de licença com prazo de vigência.[68] É o que também ocorre, por exemplo, com a licença para a condução de veículos automotores, ou com quaisquer outras licenças em relação a atividades em que a lei exija, com a periodicidade que determinar, que os requisitos legais para o seu exercício continuam presentes.

Isso vale também em relação à possibilidade de que, na renovação da licença, o interessado deva adequar-se a novas exigências ou padrões que a legislação não estabelecia quando da obtenção da licença anterior.

---

[66] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 162)

[67] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 162)

[68] BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 5 ed. edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pos. 4681)

> Encerrada a licença, cabível a exigência de modificação dos padrões, com vistas ao cumprimento dos novos índices. Entretanto, a exigibilidade dos novos padrões não é uma questão meramente jurídica, dependendo de inúmeros outros fatores que necessitam ser levados em consideração pelas autoridades ambientais. Passo a examinar alguns: (i) padrão construtivo. É comum que as instalações industriais sejam projetadas e construídas de forma a possibilitar a implantação da tecnologia escolhida à época da construção. Isso implica em que, nem sempre, as plantas industriais possam ser adaptadas facilmente às tecnologias mais modernas; (ii) dificuldades econômicas da empresa etc. Resulta daí que a negociação é o melhor caminho para assegurar o aprimoramento dos padrões efetivos de proteção ambiental.[69]

Com efeito, as licenças ambientais apresentam peculiaridades em relação às licenças administrativas em geral, destacando-se o fato de que o licenciamento pode desdobrar-se em várias fases sucessivas, em que primeiro se licencia a localização e concepção do projeto, depois a instalação do projeto e, finalmente, sua operação.

Contudo, isso apenas significa que o licenciamento ambiental é mais complexo em relação ao licenciamento de outras atividades, pois demanda, por força da exigência constitucional, que seja instruído por estudos do alcance dos impactos ambientais. Não obstante essa divisão em fases, que vão conduzindo progressivamente ao reconhecimento do preenchimento dos requisitos legais para a operação da atividade, trata-se de um processo único de licenciamento:

> O licenciamento ambiental não é composto de uma única fase ou ato, mas de uma sequência de fases ou atos diretamente relacionados, que têm como objetivo verificar se determinada atividade está efetivamente adequada aos padrões de qualidade ambiental prescritos pela legislação ou pelo órgão ambiental. Contudo, ainda que dividido em etapas diferentes, não se pode esquecer que o licenciamento compõe um único processo administrativo. A etapa anterior sempre condiciona a etapa seguinte, de maneira que em não sendo concedida a licença prévia não se pode conceder as licenças de instalação e de operação, e em não sendo concedida a de instalação a de operação também não pode ser concedida.[70]

Essa característica, assim como a divisão do licenciamento ambiental em três licenças distintas, emitidas ao término de cada fase do processo de

---

[69] ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 162)

[70] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 1604)

licenciamento, não é suficiente para modificar a natureza jurídica das licenças. Elas não se transformam em autorizações por esse motivo.

Em cada uma das etapas a autoridade competente deve verificar o cumprimento dos requisitos legais para a outorga da licença correspondente. Esses requisitos variam em cada fase, e não são necessariamente conhecidos de antemão, mas determinados pelos estudos realizados na fase antecedente.

Nada disso retira das licenças sua natureza jurídica, que é a de consolidar o reconhecimento pela autoridade administrativa competente de que o interessado preenche os requisitos necessários para o exercício do direito à execução de obra ou exploração de atividade econômica.

Enquanto as licenças ambientais aplicam-se aos casos em que há o direito subjetivo ao exercício da atividade, embora condicionado, as autorizações referem-se a situações em que a prática pretendida é, como regra, vedada, e cabe à autoridade administrativa determinar a conveniência ou oportunidade de atender ao interesse do particular em realizá-la.

Há situações, como visto, em que a exploração de recursos ambientais está condicionada à obtenção de uma autorização, o que indica a necessidade de reconhecer a diferença entre as licenças e autorizações ambientais, de resto reconhecida expressamente pela própria Lei Complementar n. 240/2011.

É o caso das autorizações mencionadas anteriormente, exigidas para extração de minerais de florestas de domínio público ou de preservação permanente ou para ingressar em floresta de preservação permanente com instrumentos próprios à exploração de produtos florestais. É também o que ocorre em relação à exigência de autorização para o manejo ou supressão de vegetação, de regra vedada, mas que pode ser autorizada, nos termos do art. 11 da Lei Complementar n. 240/2011.

O que as licenças ambientais têm de mais peculiar, embora não se possa afirmar que tal característica seja exclusivamente delas, é o fato de que os requisitos legais ou regulamentares que devem ser atendidos pelo interessado, fazendo surgir seu direito subjetivo ao licenciamento, são estabelecidos por meio de conceitos indeterminados, que devem ser determinados em atenção às circunstâncias de cada caso.

Observe-se, por exemplo, que os estudos de impacto ambiental são exigíveis quando esse impacto seja negativo e em tal grau que possa ser qualificado como “significativa degradação do meio ambiente”. Mais ainda, não se trata de impactos que já tenham ocorrido, mas que, ao contrário, são “potenciais”, é dizer, sua ocorrência seria provável, mas ainda incerta, ao menos no que respeita à determinação de sua extensão.

O conteúdo semântico do que se deva entender por degradação ambiental significativa deve ser determinado, o que se realiza por meio da atividade do intérprete, que pode ser tanto o particular interessado quanto pela autoridade administrativa com competência ambiental ou pela autoridade judicial, quando essa interpretação seja questionada.

Há que ser determinado, ainda, o grau de probabilidade tanto da ocorrência da degradação quanto de sua extensão, por meio dos competentes estudos técnicos. Aqui se recorre ao que se denomina discricionariedade técnica, exercitada pelos profissionais encarregados da realização dos estudos, ou à discricionariedade para fazer prognósticos, cuja responsabilidade recai sobre a autoridade administrativa, especialmente quando o conhecimento técnico não forneça respostas definitivas para as incertezas suscitadas pela necessidade de avaliar a potencialidade da degradação a ser causada.

Por fim, recai também sobre a autoridade administrativa o encargo de promover ao sopesamento entre os princípios constitucionais que se encontram em conflito nessas situações, de um lado o que demanda a proteção ao meio ambiente harmonizado, de outro a necessidade de promoção das atividades econômicas e preservação do direito de propriedade.

> Cabe ao Poder Público tomar a decisão mais adequada à compatibilização do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, inclusive procurando levar em consideração o conceito de melhor tecnologia disponível[71].

Não se pode, contudo, afirmar que apenas nas licenças ambientais seja necessária a interpretação de conceitos legislativos de significação aberta ou

---

[71] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 4782)

indeterminada, que exijam a realização de prognósticos em face de incertezas técnicas, ou que demandem o sopesamento de princípios jurídicos conflitantes.

É possível que determinadas licenças, como os requisitos para o licenciamento de determinadas atividades já tenham sido estabelecidos de forma exaustiva pela lei, o que significa apenas que o legislador se antecipou ao administrador e realizou as interpretações e sopesamentos necessários.

As licenças urbanísticas são lembradas por Milaré como um exemplo de situação em que as normas que a regulam já especificariam os padrões a serem observados pela autoridade administrativa, com contraste com as normas mais abertas e indeterminadas que regulam o licenciamento ambiental:

> No tocante às licenças ambientais, entretanto, dúvidas podem surgir, já que é muito difícil, senão impossível, em dado caso concreto, proclamar cumpridas todas as exigências legais. Sim, porque, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na legislação urbanística, as normas ambientais são, por vezes, muito genéricas, não estabelecendo, via de regra, padrões específicos e determinados para esta ou aquela atividade. Nestes casos, o vazio da norma legal é geralmente preenchido por exame técnico apropriado, ou seja, pela chamada discricionariedade técnica, deferida à autoridade.[72]

Mesmo quando sejam exigidos estudos de impacto ambiental, que devem ser realizados por profissionais habilitados com base em conhecimentos técnicos específicos, não há garantia de que o resultado seja claro e inequívoco.

É possível que prognósticos não sejam possíveis, em razão das limitações impostas pelo estado da técnica, ou que os resultados não sejam inequívocos, oferecendo alternativas por meio das quais se possa mitigar os impactos negativos da atividade, mas que imponham ao interessado ônus distintos.

Nesses casos, ainda "caberá à Administração Pública escolher entre a opção que melhor compatibilize o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente",[73] que não está definitivamente vinculada aos estudos técnicos quando estes não ofereçam uma resposta definitiva quanto à extensão

---

[72] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. p. 799)

[73] FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pos. 4787)

do impacto ambiental e melhor forma de compatibilizar a necessidade de sua mitigação com o interesse econômico e social do empreendimento.

Como observa Milaré, lembrando lição de Figueiredo, a decisão a respeito do licenciamento não pode basear-se apenas nos aspectos técnicos representados pelas conclusos do estudo dos impactos ambientais do projeto, mas deve ser resultante do sopesamento desses vários interesses e direitos, o que, para alguns, implicaria que se estaria diante de uma autorização, e não de uma licença.

Com efeito, afirma Figueiredo a respeito da vinculação do administrador às conclusões do Estudo de Impacto Ambiental, consignadas no Relatório de Impacto Ambiental:

> O EIA-RIMA, condicionante da licença ambiental, quando houver significativa degradação ambiental, não é vinculante para o administrador que poderá escolher uma das soluções encontradas no relatório, mesmo que não seja ela a preferida da equipe técnica elaboradora do estudo.
> Evidentemente, a escolha das soluções, entendidas como as melhores, deverá ser amplamente motivada pelo administrador, de tal forma, que seja possível o entendimento de por que a escolha da situação A ou B.[74]

O fato de que o administrador não está obrigado a decidir na direção apontada pela equipe técnica é interpretado por alguns como caracterizador de discricionariedade administrativa, caracterizadora da figura da autorização administrativa, pois ao administrador seria facultado decidir sobre a conveniência da realização do projeto:

> Por óbvio, a amplitude dos aspectos enfocados pelo EIA torna praticamente impossível adstringir - se a licença à aferição do atendimento de "exigências legais" prévias, ainda que com grande margem de discricionariedade técnica. Dessa feita, decidir sopesando impactos positivos e negativos, a distribuição de ônus e benefícios sociais etc., não é nem decisão vinculada nem discricionariedade técnica, mas decisão sobre a conveniência do projeto, o que afasta o ato administrativo do modelo tradicional da licença, aproximando-o da tipicidade da autorização.[75]

---

[74] FIGUEIREDO, Lucia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 5, 2006. p. 16)

[75] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. p. 799)

A ausência de subordinação da decisão administrativa ao relatório técnico não significa, contudo, que não se trate de ato administrativo vinculado, mas discricionário.

A vinculação ou discricionariedade administrativa é determinada, como visto, pelo legislador, quando reconhece ao administrador liberdade de escolher a solução que mais lhe convier, segundo critérios que somente ao administrador incumbe escolher e estabelecer. Poderia o legislador, é certo, estabelecer essa subordinação, com o que estaria deslocando a competência para a decisão sobre a concessão da licença ambiental da autoridade administrativa para o técnico responsável pelo estudo.

Não é o que ocorre, contudo, pois o legislador atribuiu ao administrador a tarefa de realizar a implementação de políticas já definidas legislativamente, embora concorrentes entre si, como a que impõe a necessidade de proteção ao meio ambiente frente à necessidade de promoção de outros interesses econômicos ou sociais.

> Com efeito, a Constituição garante o direito de propriedade, condicionando tal direito ao cumprimento de sua função social e à defesa do meio ambiente. Garante, por igual, o livre exercício de qualquer atividade econômica, atendidas apenas as eventuais restrições impostas por lei em prol do interesse público.[76]

Nesse caso, pode-se afirmar que o administrador está vinculado à realização desses princípios, e portanto não lhe é facultado decidir conforme sua conveniência. Não cabe ao administrador, na espécie, a definição de políticas relacionadas ao meio ambiente ou ao desenvolvimento de atividades econômicas, mas sim sua implementação mediante o sopesamento desses direitos, consideradas as circunstâncias do caso concreto, no exercício da competência delegada pelo legislador.

Na avaliação de tais circunstâncias, visando fundamentar o resultado do sopesamento, o administrador levará em consideração todos os fatos relevantes, inclusive os apurados por meio do estudo da potencialidade dos impactos ambientais resultantes de uma ou outra das alternativas disponíveis. A solução,

---

[76] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. p. 800)

contudo, não pode ser tomada com base em preferências pessoais do administrador, pois deve ser aquela que melhor harmonize os princípios e direitos em conflito:

> Nada obstante tais considerações, é certo que, no caso do licenciamento ambiental, sem negar à Administração a faculdade de juízos de valor sobre a compatibilidade do empreendimento ou atividade a planos e programas de governo, sobre as vantagens e desvantagens para o meio considerado etc., importa enfatizar que o matiz que sobressai, aquele que lhe dá colorido especial, é o da subordinação da manifestação administrativa ao requerimento do interessado, uma vez atendidos, é claro, os pressupostos legais relacionados com a defesa do meio ambiente e com o cumprimento da função social da propriedade. Em outros termos, fundamentalmente, a capacidade decisória da Administração resume-se ao reconhecimento formal de que os requisitos ambientais par ao exercício do direito de propriedade estão preenchidos.[77]

Assim como não parece adequado falar em discricionariedade na interpretação da legislação, mesmo diante de conceitos jurídicos de conteúdo semântico aberto ou indeterminado, também não parece adequado falar em discricionariedade no sopesamento entre princípios ou direitos conflitantes.

O administrador, no exercício de ambas essas atividades, está vinculado ou subordinado à obrigação de, conforme Dworkin, buscar a melhor solução interpretativa ou o melhor equilíbrio entre as posições jurídicas concorrentes, oferecendo a única solução possível para cada caso.

Não há, portanto, espaço verdadeiramente discricionário para a atuação do administrador, no sentido forte a que refere Dworkin, entendida como a exercida na tomada de decisões que não se sujeitam a padrões estabelecidos por outra autoridade,[78] embora se possa denominar essa sua atribuição de uma "competência discricionária para sopesar", o que não afasta a conclusão de que se trata na espécie de uma licença, e não de autorização ambiental.

A possibilidade de questionamento judicial de tais atos, deve respeitar o princípio formal da competência discricionária para sopesar, delegado pelo legislador ao administrador.

---

[77] MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. p. 801)

[78] DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Edição Kindle. London: Bloomsbury, 2013. posição 48)

Enquanto a atividade interpretativa sujeita-se à revisão judicial, no que respeita à competência discricionária para sopesar tem-se que o ordenamento jurídico admite como legitimas, em tese, diversas equações que solucionem adequadamente a exigência de sopesamento. Os interesses políticos e sociais, muitas vezes, determinarão qual delas adotar, e essa decisão deve ser respeitada pelo Judiciário. A interpretação também não se confunde com a discricionariedade para fazer prognósticos, cujo exercício é exigido quando a ciência ou a técnica não ofereça uma solução incontroversa para o caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O licenciamento ambiental é instrumento de matriz constitucional, essencial para a proteção do meio ambiente, em particular em face da possibilidade de exploração, pelos particulares, de atividades que tenham o potencial de causar significativa degradação ambiental.

No curso do processo de licenciamento exige-se da autoridade administrativa a tomada de uma série de decisões, que eventualmente podem vir a ser objeto de questionamento judicial. O que o artigo demonstrou é que a maior parte dessas decisões são vinculadas aos critérios estabelecidos previamente pelo legislador, cujo controle judicial se dá por meio da verificação da observância de tais critérios pela autoridade administrativa.

Destaca-se nesse sentido a importância da distinção entre licenças e autorizações administrativas, destacando que a licença ambiental é um ato administrativo vinculado que reconhece um direito preexistente ao exercício de uma atividade, enquanto a autorização é um ato discricionário que cria o direito ao exercício de uma atividade, sujeito a juízos de oportunidade e conveniência administrativas que não se sujeitam ao mesmo grau de controle judicial que os atos vinculados. Destaca-se ainda a relevância do silêncio administrativo no licenciamento ambiental, que pode ser violador de um direito subjetivo do particular na medida em que se reconhece que o licenciamento é atividade vinculada em boa parte de seus elementos.

O procedimento de licenciamento ambiental é dividido em várias fases consecutivas, onde cada etapa condiciona a seguinte. Esse processo culmina

na verificação do cumprimento dos requisitos legais para a operação da atividade, garantindo assim um controle ambiental contínuo e eficaz. Sendo a licença ambiental é um ato administrativo vinculado, baseado na verificação de requisitos legais e na busca da melhor harmonização entre princípios constitucionais, oferece, apesar de sua complexidade, limites à discricionariedade administrativa e possibilita, no que respeita aos elementos vinculados do ato, seu controle judicial.

Reconhece-se, no entanto, que em determinados aspectos as decisões administrativas devem orientar-se pelo exercício de discricionariedade técnica, presente nos estudos de impacto ambiental, que podem apresentar diferentes alternativas para mitigar impactos negativos. Nesse aspecto, a decisão final sobre a licença cabe à autoridade administrativa, que deve considerar o estudo técnico como um fator relevante, mas não determinante, na ponderação dos interesses envolvidos. A decisão não pode se basear apenas em preferências técnicas, mas sim na busca da melhor harmonia entre os princípios constitucionais e os interesses em jogo, o que, contudo, também se sujeita ao controle judicial dos juízos de ponderação exercidos pelo administrador.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Edição Kindle. Princeton: Princeton University Press, 2009.

BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 5 ed. edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 6.938/1981**. Brasília,1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 29 set. 2024.

BRASIL. **Resolução CONAMA n. 237/1997**. Brasília, 1997 Disponível em: http://conama.mma.gov.br/atos-normativos-sistema. Acesso em: 20 ago. 2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.245.149. **Ministro Herman Benjamin**, 9 out. 2012.

BULLINGER, Martin. A discricionariedade da administração pública. **Revista de Ciência Política**, v. 30, n. 2, 1987. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/view/60135. Acesso em: 30 jan. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Edição Kindle. London: Bloomsbury, 2013. (Bloomsbury revelations series).

ELLIOTT, E. Donald. Chevron matters: how the chevron doctrine redefined the roles of Congress, courts and agencies in environmental law. **Villanova Environmental Law Journal**, v. 16, n. 1, p. 1–18, 2005. Disponível em: https://digitalcommons.law.villanova.edu/elj/vol16/iss1/1. Acesso em: 20 jan. 2023.

FARIAS, Talden. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 7 ed., edição Kindle. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, v. 5, 2006. Disponível em: Acesso em: 29 out. 2021.

FREEMAN, Jody; VERMEULE, Adrian. Massachusetts v. EPA: from politics to expertise. **Harvard Law School Program on Risk Regulation Research Paper Series**, v. 8-, n. 11, 2007. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1307811. Acesso em: 21 set. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. em e-book baseada na 13 ed. Impressa. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/91049397/v13/document/157101052/anchor/a-157101052. Acesso em: 28 abr. 2022.

LAZARUS, Richard J. **The rule of five: making climate history at the Supreme Court**. Edição Kindle. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed., revista e atualizada até a Emenda constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo, SP: Editora Malheiros, 2015.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

MONAGHAN, Henry P. Marbury and the Administrative State. **Columbia Law Review**, v. 83, n. 1, 1983. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/154?utm_source=scholarship.law.columbia.edu%2Ffaculty_scholarship%2F154&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 30 jan. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the law is. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 2580–2610, 2006. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles. Acesso em: 20 jan. 2023.

DIREITO E TRANSNACIONALIDADE: No caminho de um direito global

LAW AND TRANSNATIONALITY: On the path to a global law

Leandro Katscharowski Aguiar[1]

Resumo: A incapacidade de o Direito tradicional — territorializado e monopolizado pelo Estado-nação — responder eficazmente às novas demandas transnacionais complexas surgidas dos fluxos da Globalização evidencia a crise do fenômeno jurídico moderno. O presente artigo pretende demonstrar como o Direito Global, dotado de uma nova lógica organizadora, que mescla aos modelos jurídicos estatais preexistentes outros e novos instrumentos normativos provenientes dos atores transnacionais, em todos os seus níveis de atuação (local, regional, nacional e global), desponta como alternativa viável para essa transição paradigmática, favorecendo a criação de novos espaços de governança e o estabelecimento de uma pauta axiológica de amplo consenso em torno de questões relevantes para a humanidade.

Palavras-chaves: Estado; direito; globalização; transnacionalidade; direito global.

Abstract: The inability of traditional Law — territorialized and monopolized by the Nation-State — to respond effectively to the new complex transnational demands arising from the flows of Globalization highlights the crisis of the modern legal phenomenon. This article intends to demonstrate how Global Law, endowed with a new organizing logic, which merges preexisting state legal models with others and new normative instruments from transnational actors, at all their levels of action (local, regional, national and global), emerges as a viable alternative for this paradigmatic transition, favoring the creation of new governance spaces and the establishment of an axiological agenda of broad consensus around issues relevant to humanity.

Keywords: State; law; globalization; transnationality; global law.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é contribuir para a discussão a respeito da premente necessidade de uma mudança paradigmática do Direito que permita reconectá-lo com a realidade à sua volta, de modo a oferecer respostas mais rápidas e eficientes às demandas transnacionais complexas surgidas dos fluxos da Globalização.

A pesquisa se justifica diante da crise do Direito tradicional no que se

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Brasil), em regime de dupla titulação com IUACA/UA (Espanha). Artigo apresentado para conclusão da disciplina *Direito e Transnacionalidade*, ministrada pelo Professor Doutor Márcio Ricardo Staffen, no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, semestre 2022-1.

refere ao seu escopo de assegurar a justiça e a paz, notadamente a partir da Globalização, que fez surgir uma nova realidade na qual a dicotomia nacional-internacional perdeu espaço para a transnacionalidade desse fenômeno. O engessamento do Direito, monopolizado pelo Estado-nação e confinado aos limites de seu território com exclusividade, e a rigidez de sua dogmática, de matriz teórica positivista, que, alheia às consequências, afastou-se do mundo dos fatos (mundo do ser) e dos valores morais, a despeito da velocidade, variabilidade e imprevisibilidade dos acontecimentos da vida globalizada, evidenciaram a incapacidade de os modelos jurídicos estatais existentes acompanharem o ritmo e fazerem frente aos problemas desterritorializados e aos desafios transnacionais enfrentados na atualidade. Ao mesmo tempo, chamaram a atenção para o surgimento e desenvolvimento de novas práticas plurais e horizontais de regulação, a exemplo dos preceitos de *soft law*, provenientes dos novos atores públicos e privados transnacionais, as quais, por serem menos rígidas e mais flexíveis, apresentam-se mais receptivas aos novos anseios sociais e à aspiração de governança global.

Para atingir a finalidade proposta, o texto foi dividido em três momentos: na primeira parte, busca-se compreender algumas noções elementares do Direito moderno, não sem antes tratar de sua íntima relação com o Estado moderno; na segunda parte, examinam-se o fenômeno da Globalização, em suas dimensões econômica, política, cultural e jurídica, assim como a ideia de Transnacionalidade construída reflexamente a partir das ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais e criam um novo espaço de interação social; e na terceira e última parte, apresenta-se o esboço de um novo paradigma do Direito, qual seja, o Direito Global, analisando suas principais características, por vislumbrar neste as condições necessárias à superação da crise do fenômeno jurídico, que é também uma crise de identidade do Direito no que toca à sua relação com a comunidade política global, isto é, a humanidade.

O método utilizado foi o dedutivo e sua operacionalização contou com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais, do fichamento e da pesquisa bibliográfica[2].

[2] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

1 ESTADO E DIREITO NA MODERNIDADE: NOÇÕES ELEMENTARES

O objetivo deste primeiro capítulo é apresentar, em linhas gerais, as principais características do Direito moderno, cujo conhecimento revela-se necessário para melhor compreensão e análise dos impactos das transformações sociais advindas da Globalização no fenômeno jurídico e da emergente construção de um Direito Global.

Para tanto, por razões lógica e cronológica, o estudo principia-se por algumas noções elementares a respeito do **Estado**, mais especificamente do Estado moderno (Estado-nação), considerando sua íntima relação (quase confusão) com o Direito moderno.

De enfatizar que este artigo não versa sobre Teoria Geral do Estado, de tal sorte que temas relacionados à origem e evolução do Estado, assim como à sua conceituação — alvo de calorosos debates acadêmicos ao longo dos últimos séculos —, não serão aqui aprofundados.

Convém registrar, no que se faz necessário, que, para os fins desta pesquisa, o Estado é compreendido como uma manifestação ou produto social, criado em determinado momento histórico pela Sociedade, fruto do espírito humano, com o propósito de organizar e coordenar, política e juridicamente, as relações entre homens e povos. O Estado, portanto, não se confunde nem se sobrepõe à Sociedade. E em que pese tenha se transformado, por uma ficção jurídica, em pessoa pública (sujeito de direito), conserva, em sua essência, inarredável condição instrumental, devendo sempre servir a Sociedade, fonte legitimadora de seu poder (autoridade). Em suma, o Estado é um instrumento *da* e *para* Sociedade, que só existe para atender aos anseios desta[3].

Pois bem. A Idade Moderna, para os historiadores, inicia-se em meados do século XV, sucedendo à Idade Média. As sementes que originaram a Sociedade moderna, por sua vez, foram plantadas pelos movimentos do Renascimento (nos campos cultural, científico, econômico e político), entre o final do século XIV e início do século XVII, e da Reforma Protestante (no campo religioso), durante o século XVI. Entretanto, o Estado moderno, também

[3] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4 ed. – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2013. p. 19-30.

conhecido por Estado-nação ou Estado nacional, resultado do aperfeiçoamento das características do Estado monárquico-absolutista pela recém formada Sociedade moderna, somente foi estruturado em meados do século XVII, a partir da assinatura do Tratado de Paz de Westfália (1648), vindo a se consolidar como um novo modelo de organização social no século XVIII, com as Revoluções Francesa (1789), inspirada nos ideais liberais do Iluminismo, e Industrial, que marcou a passagem do modelo econômico mercantilista para o capitalista[4]. Apesar de a Revolução Francesa, na divisão cronológica da história da humanidade, ser considerada como marco inicial da Idade Contemporânea, período que se estende até os dias atuais, o Estado-nação, enquanto modelo principal de organização político-jurídica da Sociedade — para Hegel, a realização máxima da razão humana[5] — ainda persiste.

De acordo com Aleida Hernández Cervantes, o "poder político centralizado, exercido sobre um povo e território definidos, conduziu à formação do Estado-nação"[6].

A partir daí, não obstante a grande variedade de posições, é possível destacar os três elementos constitutivos do Estado moderno comumente apresentados pelos doutrinadores, a saber: povo, território e soberania. A estes, Dalmo Dallari acrescenta um quarto elemento essencial, a finalidade.

O povo é o elemento humano do Estado, formado pelo conjunto de pessoas ligadas a ele por um vínculo jurídico-político de nacionalidade[7].

Já o território é o espaço físico ocupado pelo Estado, que delimita sua

---

4 CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**: notas de una pluralidad jurídica transnacional. México DF (México): Unam, 2014. p. 25-47.

5 DEMARCHI,Clóvis. **Direito e educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2012. p.45.

6 CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**: notas de una pluralidad jurídica transnacional. México DF (México): Unam, 2014. p. 42: "*Poder político centralizado, ejercido sobre una población y territorios definidos, dieron paso a la conformación del Estado-Nación [...].*" (Tradução livre)

7 É oportuno distinguir as categorias povo, população e nação. Povo é o conjunto de cidadãos que vivem sob tutela de um Estado, ainda que formado por diversas etnias (aspecto qualitativo). População, de seu turno, é mera expressão numérica ou demográfica das pessoas que habitam o território de um Estado, sejam nacionais ou estrangeiras (aspecto quantitativo). Nação, por fim, é uma comunidade unida por laços históricos, que compartilha a mesma língua, cultura, costumes e tradições, adquirindo uma mesma identidade sociocultural e um sentimento de pertencimento "complexo, indefinível e poderosíssimo, o patriotismo" (aspecto afetivo). Vide: AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**: exposição clara e completa dos princípios fundamentais da doutrina do estado. 4 ed. Rio de Janeiro: Globo, 1962, p. 21-24.

ação soberana. Uma das notas características do Estado moderno é justamente a constituição de fronteiras claras.

A soberania, por seu lado, é o centro unificador do poder político e de jurisdição (ordem) incontrastável do Estado. Praticamente a totalidade dos estudiosos a reconhece, no Estado moderno, como una, indivisível, inalienável e imprescritível[8]. A soberania, sob o aspecto interno, corresponde à autoridade política e jurídica do Estado exercida sobre um povo dentro de seus limites territoriais geográficos, normalmente pelo monopólio do uso da força e dos meios de coerção (comando e controle), incluído o Direito; sob o aspecto externo, na relação internacional, significa o processo pelo qual os Estados garantem uns aos outros o direito de jurisdição sobre seus territórios e população, representando, assim, sua independência frente aos outros Estados[9].

Por último, a finalidade, que consiste na razão de ser da existência do Estado, expressa seu compromisso intrínseco com a realização do bem comum, entendido como o bem-estar coletivo ou, nas palavras do Papa João Paulo XXIII, "[...] o conjunto de todas as condições sociais que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana e de sua sociedade"[10]. Para Dallari, trata-se de "[...] um objetivo permanente, pois em cada momento e em cada lugar surgem novos fatores que influem na própria noção de bem comum"[11].

A par de todos esses elementos constitutivos, quando se pensa em Estado moderno, não importa a doutrina dominante em dado momento histórico (se liberal, social ou neoliberal), não há como deixar de associá-lo com a ideia de **Direito**. O Estado moderno é, sim, sinônimo de Estado de Direito.

É oportuno novamente esclarecer que este artigo não abordará questões espinhosas e próprias da Teoria Geral do Direito, tal como suas diferentes

---

[8] DEMARCHI, Clóvis. **Direito e educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2012. p. 102.

[9] DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34 e 95.

[10] Bem comum. *In*: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Bem_ comum. Acesso em: 14 ago. 2022.

[11] DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34 e 95.

concepções ao longo da história, conforme as escolas do Direito natural (jusnaturalistas), do Direito positivo (juspositivistas) e, mais recentemente, as propostas pós-positivistas (de que são exemplos o substancialismo, o procedimentalismo e o pragmatismo). A Teoria das Normas Jurídicas e a Teoria das Constituições (constitucionalismo) também não estão compreendidas no objeto desta pesquisa. Repisa-se: a intenção deste capítulo é apresentar tão-somente as características predominantes (ou predominantemente aceitas) do Direito moderno, a partir da observação empírica de seu tratamento pelas ciências sociais, em particular, pela ciência jurídica.

O Direito é um fenômeno social, na medida em existe para regular o comportamento dos homens em sua convivência em sociedade. Trata-se, em outros termos, de um instrumento de regulação das ações da própria Sociedade, tanto de seus indivíduos como de suas instituições, incluído o Estado.

O Direito, enquanto ordem regulatória, opera-se por meio de um sistema ou complexo de normas jurídicas que estabelecem modelos comportamentais a serem seguidos por seus destinatários. Essas normas atuam como proposições, diretrizes, com capacidade de influenciar e determinar o comportamento humano, linkando a realidade como ela se apresenta no mundo dos fatos (mundo do ser) com a realidade projetada segundo os ideais e valores de uma dada sociedade (mundo do dever ser). Como observa Alfonso Catania, a norma, portanto, está correlacionada aos comportamentos e ao mundo das ações com a pretensão de influenciá-los. Esse caráter é comum a todos os sistemas regulatórios e não apenas ao sistema jurídico[12]. Ainda segundo o autor italiano, a visão normativista do Direito sublinha o caráter leal das normas, destacando adequadamente a tensão que a norma tem em relação à realidade a ser regulada[13].

A finalidade do Direito, no plano ideal, é assegurar a justiça e a paz. Porém, como todo Direito se baseia no poder, aqui compreendido como a capacidade de influenciar as ações dos sujeitos inseridos em um contexto

[12] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015. p. 70.
[13] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015. p. 76.

social, não raras vezes ele se transforma em verdadeiro aparelho de dominação ideológica ou técnica de controle de massas pela imposição da vontade daqueles que exercem o poder político e procuram "legitimar" interesses outros (como, por exemplo, de regimes antidemocráticos, totalitários ou ditatoriais) que nada têm a ver com seus fins originais.

No que concerne ao Direito moderno, suas características, sem dúvida, foram cunhadas à imagem e semelhança do Estado moderno. Aliás, como lembra Cervantes, tanto o Estado quanto o Direito, na modernidade, foram reformulados conforme os ideais liberais do Iluminismo que inspiraram a Revolução Francesa (1789)[14]. O Estado moderno necessitava de um direito comum (centralizado), dotado de validade e eficácia (força jurídica) dentro dos limites de seu território, para consolidar o poder político do soberano, antes dividido com a Igreja, e conferir relativa segurança jurídica à burguesia, detentora do poder econômico de fato. Para tanto, "encampou a produção normativa como atividade natural e exclusivamente vinculada a ele, fazendo do Direito um processo meramente formal", destaca Márcio Ricardo Staffen, referindo-se a Paolo Grossi. O Direito, então, "foi reduzido em um conjunto de comandos cujo produtor será a autoridade dotada de poder de coação eficaz"[15].

Embora a racionalidade jurídica moderna tenha evoluído ao longo dos últimos séculos, refletindo, de certa maneira, os diferentes modelos de Estado (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito) — e, em paralelo, a própria evolução do constitucionalismo moderno —, não há como negar o embricamento entre Estado e Direito, pelo qual este (o Direito) já não é mais apenas meio de ordenação social, assumindo como condição primeira a tarefa de limitar os poderes daquele (o Estado)[16], por meio do respeito às normas ("leis") e aos direitos fundamentais. Daí a afirmação feita linhas acima de que o Estado moderno é sinônimo de Estado de Direito.

E é partir dessa relação que se pode extrair as principais características do Direito moderno que, em maior ou menor grau — conforme se adote como

[14] CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**: notas de una pluralidad jurídica transnacional. México DF (México): Unam, 2014. p. 49.
[15] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 12-13.
[16] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 9.

referencial os sistemas de *civil law* ou *common law* —, mantiveram-se em evidência durante toda a modernidade, independentemente dos processos evolutivos do Estado e do constitucionalismo nesse período. Tais características, em termos gerais, possuem inegável matriz teórica positivista e podem ser assim especificadas, sem pretensão de exauri-las e sem qualquer juízo crítico de valor:

a) fontes sociais – o Direito, enquanto fenômeno jurídico, é aprioristicamente um fenômeno humano e, como consequência, um fenômeno social. É humano porque decorre de fontes humanas e é social porque não se trata do homem isoladamente (pressupõe o homem na vida em sociedade)[17]. Ou seja, a racionalidade jurídica moderna rompe com a ideia de um direito metafísico (solto na natureza) ou de origem divina.

b) estatalidade do Direito / monismo jurídico – representa, talvez, a pedra de toque do Direito moderno. Somente o Direito posto pelo Estado ou permitido por ele tem validade no mundo jurídico[18]. O Estado moderno, segundo Cervantes, apropriou-se da produção das normas jurídicas para terminar de legitimar-se e de centralizar o poder, de sorte que qualquer outra ordem normativa extraestatal não teria força jurídica. É dizer, em seu afã centralizador, o Estado moderno, quer pela atividade dos legisladores (no *civil law*) ou dos juízes (no *common law*), monopolizou o fenômeno jurídico — sua produção, interpretação, aplicação e reconhecimento discursivo —, tornando-se o único detentor do poder soberano. A própria ideia de soberania, examinada alhures, relaciona-se com a fase monista da produção jurídica pelo Estado[19]. De anotar, por relevante, que a estatalidade do Direito atingiu sua versão mais radical, denominada de monismo absoluto, com Hans Kelsen, que, ao identificar o Estado com a ordem jurídica nacional ou sua personificação, reduziu o Estado ao Direito e o Direito ao Estado[20].

c) obrigatoriedade – é a nota essencial que distingue as normas jurídicas

---

[17] DEMARCHI,Clóvis. **Direito e educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2012. p. 32.

[18] JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução em espanhol Fernando de los Ríos. México DF (México): FCE, 2000 (Coleção Política y Derecho). p. 346.

[19] CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**: notas de una pluralidad jurídica transnacional. México DF (México): Unam, 2014. p. 62-63.

[20] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 262 e 279.

das normas de outros sistemas regulatórios. A própria noção de juridicidade está, de certo modo, atrelada à obrigatoriedade. Cuida-se de um dos aspectos que, nos últimos séculos, mais despertou a atenção dos estudiosos do Direito, em geral, e das normas, em particular, ensejando a elaboração de diversas teorias. No Estado moderno, salienta John Austin, o modelo de Direito foi construído sobre o comando emanado do soberano e o hábito de obediência do súdito[21]. Mas o que determina que as normas jurídicas sejam cumpridas por seus destinatários? O que lhes confere obrigatoriedade? Segundo Georg Jellinek, uma norma é obrigatória quando dispõe de capacidade bastante para motivar as ações da vontade, determinando-a. Essa capacidade da norma não deriva da coação (elemento objetivo), mas repousa em uma convicção interna (necessidade moral) que se apoia na constituição psicológica do indivíduo (elemento subjetivo)[22]. Por sua vez, Herbert Hart, que concebe o Direito como um hábito ou prática social, entende que a obediência às normas pressupõe, por meio de uma postura reflexiva do indivíduo, a adoção de um ponto de vista interno (que não envolve critérios de moralidade) de aceitação da vinculatividade da regra como um padrão (social) a ser seguido pelo grupo[23]. Já Jürgen Habermas reconhece o Direito como um discurso argumentativo no qual o indivíduo participa na condição de autor e, ao mesmo tempo, destinatário da norma e, desse modo, a vinculatividade à obrigatoriedade do Direito relaciona-se diretamente com a aceitabilidade racional e moral das razões que justificaram a imposição da norma quando de sua formação democrática[24]. Nada obstante, conforme a visão tradicional do Direito moderno, de viés positivista e, no ponto em apreço, influenciada pelos pensamentos de Thomas Hobbes e Max Weber, a obrigatoriedade das normas jurídicas está

[21] AUSTIN, John a*pud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. O hábito da obediência e o reconhecimento da normatividade do direito pela aceitabilidade racional em sentido forte. *In*: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. **Anais** – Dados eletrônicos – Florianópolis: Funjab, 2013. v. 1. p. 6.

[22] JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução em espanhol Fernando de los Ríos. México DF (México): FCE, 2000 (Coleção Política y Derecho). p. 320-322.

[23] HART, Herbert a*pud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. O hábito da obediência e o reconhecimento da normatividade do direito pela aceitabilidade racional em sentido forte. *In*: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. **Anais** – Dados eletrônicos – Florianópolis: Funjab, 2013. v. 1. p. 9.

[24] HABERMAS, Jürgen a*pud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. O hábito da obediência e o reconhecimento da normatividade do direito pela aceitabilidade racional em sentido forte. *In*: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. **Anais** – Dados eletrônicos – Florianópolis: Funjab, 2013. v. 1. p. 13-17.

assentada na força do poder soberano ou, em outros termos, no monopólio legítimo da violência pelo Estado. A força se torna o elemento determinante e a existência da ameaça da sanção (coerção) constitui o fator que proporciona o cumprimento das normas. Para Kelsen, o Direito é uma ordem coercitiva personificada pelo Estado, organização política que regula e monopoliza o uso da força[25] (poder de coação eficaz).

d) territorialidade – ao definir *nomos* como a ocupação e ordenação de um espaço geográfico[26], Carl Schmitt parece sugerir a impossibilidade de um Direito que atinja a finalidade de ordem sem uma determinação precisa do território no qual se exerce a soberania, pondera Catania[27]. Com efeito, "o confinamento do fenômeno jurídico ao contexto territorial com exclusividade", explica Staffen, "é produto do Estado moderno"[28]. O Direito internacional[29], por seu turno, é que determina e delimita as esferas territoriais de validade das várias ordens jurídicas nacionais, segundo Kelsen[30]. Ainda de conformidade com o autor austríaco, a regra de que o Direito nacional é válido exclusivamente para um determinado território significa que está excluído desse território a validade de qualquer outra ordem jurídica nacional. "Mas a validade da ordem jurídica internacional não está excluída da esfera territorial de validade da ordem jurídica nacional"[31].

e) codificação / sistematização / formalismo – a dogmática jurídica

---

[25] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 273.

[26] SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del "jus publicum europaeum". Tradução para o espanhol Dora Schilling Thon. Buenos Aires (Argentina): Editorial Struhart & Cia., 1979. p. 49.

[27] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015. p. 163.

[28] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 11.

[29] O Direito internacional é o ramo do Direito que impõe obrigações e confere direitos aos Estados em suas relações com outros Estados. Trata-se, portanto, de um Direito que vincula objetivamente os Estados nacionais quando atuam fora de suas fronteiras. A distinção essencial para o Direito nacional é que no Direito internacional não há relações de subordinação entre superior e inferior, mas sim relações de coordenação entre iguais, isto é, entre Estados, ao menos do ponto de vista da capacidade de deveres e direitos (igualdade formal). Vide: JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução em espanhol Fernando de los Ríos. México DF (México): FCE, 2000 (Coleção Política y Derecho). p. 352-353; KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 360-361.

[30] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 300.

[31] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 307.

moderna caracteriza-se pelo formalismo, contribuindo para isso a tendência codificadora do Direito, por meio de textos normativos escritos e sistematizados a partir de uma estrutura hierárquica vertical ou piramidal (modelo kelsiano)[32], arquitetada para conferir validade, certeza e segurança às normas e decisões jurídicas. Esse rigor formal, que, na lavra de Catania, optou pela norma como forma que se opõe ao fenômeno e o regula de fora, impondo uma vontade ou poder de direção[33], resulta em leis mais rígidas (inflexíveis), destinadas a durar por muito tempo, as quais são marcadas pela generalidade, abstração e previsibilidade da decisão (reduzida ao raciocínio lógico dedutivo), na medida em que seus destinatários são considerados como iguais (igualdade formal perante lei).

f) separação entre Direito e Moral – para a dogmática jurídica moderna ainda, a validade de uma ordem jurídica positiva independe de sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral. Isso porque, conforme defende Kelsen, o Direito não se diferencia da moral por aquilo que ele prescreve ou proíbe, mas da maneira como ele prescreve ou proíbe. Vale dizer, não é o conteúdo da prescrição nem sua carga axiológica que importam, e sim a sua forma. Do ponto de vista do conhecimento científico do Direito positivo, "a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever"[34] (abordagem avalorativa). O Direito moderno, portanto, não guarda relação com a moral.

g) pensamento mecanicista – o Direito moderno é marcado por uma visão de mundo mecanicista, pautada pela mentalidade materialista (culto ao "ter"), extrativista (domínio do homem sobre a natureza), consumista e individualista[35], que orientou — e ainda orienta — a Sociedade moderna.

2 GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE: A REALIDADE COMPLEXA

[32] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 246-308.
[33] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015. p. 77.
[34] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 77.
[35] CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 9-14.

Como foi visto no capítulo anterior, o Estado-nação pode ser considerado o grande alicerce do projeto da modernidade, eis que se consolidou na base da organização político-jurídica da Sociedade moderna; e o Direito, na condição de instrumento de regulação da vida social, o principal pilar para a manutenção dessa ordem.

Carl Schmitt, a certa altura de sua obra *Nomos da Terra*, escreveu:

> Enquanto a história do mundo não estiver terminada, mas aberta e em movimento, enquanto a situação ainda não estiver fixada para sempre e petrificada, ou dito de outro modo, enquanto os homens e os povos ainda tiverem um futuro e não apenas um passado, surgirá, em decorrência dos novos e diferentes acontecimentos históricos universais, um novo *nomos*. [...][36]

No presente capítulo, serão examinados, de maneira sucinta, dois fenômenos históricos e sociais, diretamente interligados, responsáveis por estremecer as estruturas e fundações da Sociedade moderna, na medida em que colocam em xeque a capacidade operacional e instrumental de o Estado-nação organizar e coordenar as relações entre homens e povos, bem assim de o Direito regular a realidade à sua volta. Cuida-se aqui da Globalização e da Transnacionalidade.

No tocante à **Globalização**, não se trata de um fenômeno novo, porém o processo globalizador que importa analisar, para os fins deste estudo, é aquele que se desenvolveu a partir dos anos 1970 e 1980[37], com o surgimento de novas formas de integração econômica, intercâmbio cultural e interdependência social e política entre os países.

---

[36] SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del "jus publicum europaeum". Tradução para o espanhol Dora Schilling Thon. Buenos Aires (Argentina): Editorial Struhart & Cia., 1979. p. 61: "*Mientras la historia del mundo no este concluida, sino se encuentre abierta y en movimiento, mientras la situación aún no este fijada para siempre y petrificada, o expresado de otro modo, mientras los hombres y los pueblos aún tengan un futuro y no solo un pasado, también surgirá, en las formas de aparición siempre nuevas de acontecimientos históricos universales, un nuevo nomos. [...].*" (Tradução livre)

[37] Impende observar, no entanto, que, se a Globalização moderna não se iniciou, como se costuma atribuir, com os acordos de Bretton Woods (e as instituições deles resultantes, quais sejam, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial) e o Plano Marschall na década de 1940, esses, na visão de Saski Sassen, contribuíram enquanto capacidades necessárias para a constituição desta nova estrutura complexa, dotada por uma nova lógica organizadora. Vide: SASSEN, Saski. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensemblajes globales. Tradução para o espanhol Maria Victoria Rodil. Buenos Aires (Argentina): Katz, 2010. p. 220-226.

Nesse cenário, não se pode deixar de apontar o avanço das tecnologias de transporte e comunicação/informação — cujo ápice foi o advento da Internet — como o fator que, ao implodir a escala do tempo e encurtar as distâncias ("compressão tempo/espaço"), impulsionou tanto a indústria e o comércio quanto os governos nacionais e os povos de diferentes cantos do planeta a se conectarem e a intensificarem suas relações[38].

A Globalização, frequentemente associada à economia, não é exclusivamente um fenômeno econômico, embora não se pode negar que esta represente sua principal dimensão. Para Boaventura de Souza Santos, a Globalização é "um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo"[39]. Cuida-se, portanto, de um processo que perpassa os mais diversos domínios da vida social, facultando a formação de uma comunidade global (humanidade), com interesses, problemas e desafios comuns.

Sob o aspecto econômico, a Globalização é o processo pelo qual os mercados se expandem para além dos limites das fronteiras dos Estados nacionais, estreitando as relações comerciais entre países e empresas. A mobilidade do capital financeiro reflete a nova lógica de funcionamento da economia, agora desnacionalizada, em que grandes empresas e conglomerados multinacionais e transnacionais — convertidos "em atores centrais da nova economia mundial"[40] — exercem suas atividades em diferentes países, controlados à distância por seus acionistas (investidores). Consoante esclarece Zygmunt Bauman, cabe a estes "proprietários ausentes" mover a companhia para onde quer que percebam ou prevejam uma chance de lucros mais elevados. E ao menor sinal de alteridade, o capital volátil pode sempre se mudar para outros lugares, de forma extremamente rápida, já que não há necessidade de se comprometer com a localidade[41]. Nessa nova realidade, na qual, como exalta Gustavo Lins Ribeiro, "[...] o capital está

---

38 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 7 e 19-22.

39 SANTOS, Boaventura de Souza. Linha do horizonte. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 26.

40 SANTOS, Boaventura de Souza. Linha do horizonte. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 29.

41 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 15-18.

completamente desterritorializado em seu fluxo planetário"[42], surge, então, uma nova assimetria entre a economia global e a política nacional[43].

Já no aspecto político, a Globalização implica no desenvolvimento de novas formas de autoridade privada, capazes de impor seus interesses e tomar decisões que certamente afetam governos nacionais e populações inteiras, atribuindo, conforme Saski Sassen, novas qualidades aos domínios público e privado[44]. Como leciona Catania, "[...] o que era privado torna-se significativo para o público sem passar pelo reconhecimento do Estado [...]"[45]. Assim, a Globalização da política pressupõe a fragmentação e redistribuição do poder entre novos atores transnacionais. O poder já não pertence mais de forma hegemônica (soberana) ao Estado, ele está disperso, principalmente nas mãos invisíveis do mercado, livre de limitações de conveniências política e social. Para Bauman, "agora temos o poder livre da política e a política destituída de poder"[46]. Essa fragmentação política, que resulta em "Estados-fracos", mais preocupados com sua própria sobrevivência do que com sua função social, transforma os paradigmas organizacionais da modernidade, dentre os quais a territorialidade e a soberania, provocando a necessidade de um realinhamento do Estado-nação com a realidade global onde está inserido[47]. A nova lógica de organização mundial, além da participação das multinacionais e transnacionais, requer, ainda, um cenário institucional que conta com agências especializadas, bancos centrais e instituições supranacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BIRD), a Organização das Nações Unidas (ONU) etc. Contramajoritariamente, a globalização desvela outros atores transnacionais, a exemplo das Organizações Não Governamentais

---

42 RIBEIRO, Gustavo Lins. Condições da transnacionalidade. **Série Antropológica**. Brasília, v. 223, 1997, p. 8. Disponível em: http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie223empdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

43 STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 35.

44 SASSEN, Saski. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensemblajes globales. Tradução para o espanhol Maria Victoria Rodil. Buenos Aires (Argentina): Katz, 2010. p. 253-278.

45 CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015. p. 10: "*[...] quanto era privato diventa significativo per il pubblico senza passare per il riconoscimento dello Stato [...].*" (Tradução livre)

46 BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 33.

47 SASSEN, Saski. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensemblajes globales. Tradução para o espanhol Maria Victoria Rodil. Buenos Aires (Argentina): Katz, 2010. p. 524-528.

(ONGs), que ganham cada vez mais espaços no emergente sistema de governança planetária.

Mas a Globalização também é um fenômeno cultural. Com efeito, com as distâncias não significando mais nada, o mundo inteiro é transformado em uma "rede" (Manuel Castells) ou grande "aldeia global" (Marshall McLuhan)[48], permitindo uma maior interação entre os povos de diferentes culturas. Como ensina Clóvis Demarchi, "a Globalização cultural tanto faz a diferenciação como faz a homogeneização. [...] Aquilo que estava disponível somente para um determinado 'local' pode ser agora disponiblizado para 'qualquer local', ou para o 'global'"[49]. Por um lado, esse intercâmbio cultural é enriquecedor, quando implica em diálogo transversal e construtivo entre diferentes culturas, que se mostram abertas à crescente fertilização cruzada de valores, ideias, símbolos e visões de mundo, sem a sobreposição de uma à outra, pois amplia o conhecimento e oportuniza a diversidade cultural. Por outro, quando procura trabalhar com a ideologia do "pensamento único"[50], especialmente ao se deixar influenciar pelo aspecto econômico, tende a levar à massificação pela sobreposição de uma cultura à outra, em detrimento das autonomias individuais e das identidades coletivas e nacionais, o que pode representar uma forma de "neocolonialismo". A chamada "cultura do consumo" é um forte exemplo disso, visto que, por meio da mídia e com o uso de estratégias criativas e agressivas de *marketing*, ao criar a falsa percepção de que a felicidade está condicionada ao consumo de mercadorias — ao "ter" e não ao "ser" —, mais do que vender bens e serviços, vende "estilos de vida" no padrão da moda ocidental.

Por fim, sem prejuízo de outras dimensões, resta destacar que a Globalização deu azo, por via oblíqua, a uma Globalização jurídica, que atingiu em cheio a relação entre Direito e Estado. Leandro Caletti e Márcio Ricardo

---

48 SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, pós-modernidade e transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. *In*: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Direito global**: transnacionalidade e globalização jurídica – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2013. p. 91.

49 DEMARCHI, Clóvis. **Direito e educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2012. p. 108.

50 DEMARCHI, Clóvis. **Direito e educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2012. p. 111.

Staffen, a esse respeito, explicam que o Direito atravessa um fenômeno de fragmentação que "retira, paulatina e crescentemente, do Estado-nação o poder — até então soberano — de produzir normas de forma autônoma e executá-las"[51]. Três fenômenos demonstram a fragmentação do Direito, segundo Marcelo Varella, citado pelos autores:

> O primeiro, associado à multiplicação das fontes normativas que afeta um dos elementos basilares do direito internacional. O segundo, representado pela emergência de regimes privados que incide diretamente sobre o argumento da hierarquia das normas e seus meios de validação. Por último, a multiplicação de mecanismos de solução de conflitos, que expõe a condição descentralizada do poder.[52]

Essa novel conformação, concluem, "dá origem a um cenário em que a normatividade se desvincula do (des)necessário elemento coercitivo que justifica a existência de um órgão de decisão centralizado"[53].

Em suma, com a Globalização, assinala Ulrich Beck, vai-se derrubando passo a passo uma das principais premissas da modernidade: "a ideia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutualmente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais"[54].

Retomando o ponto de partida deste capítulo, se *nomos*, para Carl Schmitt, corresponde ao ato constitutivo fundamental (e histórico) de ocupação e ordenação de espaços geográficos, a partir do qual se estabelecem todas as relações (econômicas, políticas, culturais, religiosas e jurídicas) entre povos, países e potências, não soa absurdo afirmar que a Globalização, na reflexão schmittiana, pode ser considerada um novo *nomos* da terra.

Por seu turno, adjunto ao fenômeno da Globalização — e como reflexo

---

[51] CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *In*: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, jan./abr. 2019, p. 283. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 19 ago. 2022.

[52] CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *In*: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, jan./abr. 2019, p. 283. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 19 ago. 2022.

[53] CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *In*: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, jan./abr. 2019, p. 283. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 19 ago. 2022.

[54] BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

deste[55] —, surge a ideia de **Transnacionalidade**.

Como discorrido em momento anterior, a Globalização mexeu com a lógica de organização e funcionamento da Sociedade moderna, provocando a sensação de "desordem mundial" (Kenneth Jowitt)[56]. Além disso, a Globalização, mais do que as iniciativas e ações globais empreendidas, é marcada por seus efeitos secundários indesejados (danos colaterais) e riscos futuros, os quais se tornam, na visão da Beck, causa e meio de transformação social[57]. Os riscos são globais e os danos já não têm limitação no espaço e no tempo. Como exemplos, estão as questões ambientais, cujos efeitos, muitos dos quais duradouros, irreversíveis e com potencialidade lesiva suficiente para ameaçar a continuidade da vida no planeta, não se limitam ao local onde ocorreu determinado evento; econômicas, que repercutem negativamente em diversos países ocasionando pobreza, desemprego, marginalização e desigualdades sociais; políticas e até religiosas, causas estas de muitas guerras civis que, dentre inúmeras consequências, geram ondas de migração e graves problemas humanitários.

Essa nova realidade em que as distâncias não mais importam e a ideia de fronteiras geográficas é cada vez mais difícil de sustentar, máxime quando as relações humanas envolvendo uma pluralidade de atores acontecem livremente, de maneira desterritorializada e desregulada, sem passar pelas instâncias oficiais do Estado, produzindo efeitos que não ficam restritos à localidade, demonstra que não é mais possível pensar de forma binária: nacional-internacional. A realidade, em tempos de Globalização, é transnacional.

Phillip Jessup, ao perceber que, a partir do processo de Globalização, as situações que transcendem os limites nacionais capazes de interferir direta ou indiretamente na vida das pessoas de todas as partes do globo, mormente os efeitos secundários (danos colaterais) daí advindos, não eram mais suficientemente abarcadas pelas relações internacionais e pelo direito internacional, cunhou a expressão "Direito Transnacional" para se referir a uma

---

[55] STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

[56] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 67.

[57] BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa (Portugal): Edições 70, 2016. p. 44.

nova ordem mundial que vai além das relações entre Estados nacionais, compreendendo, também, indivíduos, empresas, organizações estatais, entidades não governamentais etc.[58]

Nesse passo, Paulo Cruz e Zenildo Bodnar escrevem que, diversamente do prefixo "inter", que transmite a noção de uma relação de diferença, o prefixo "trans" denota a emergência de um novo significado construído reflexamente a partir de fenômenos globais que perpassam os Estados nacionais e geram interesses comuns. É dizer, o prefixo "trans" indica algo que vai "além de" ou "para além de", evidenciando a superação de um lócus determinado[59].

Enquanto o plano internacional sugere, então, um espaço de relações, disputas e/ou conflitos mediados pelos interesses nacionais dos Estados envolvidos, em que a realidade local está dissociada da realidade global, dando a falsa impressão de que o global é algo de menor importância porque está fora do território (no exterior), o plano transnacional difunde a ideia de um espaço único (universal), em que as realidades local e global se entrelaçam (se conectam) a ponto de exigirem, em assuntos complexos, um só tratamento político e jurídico. Equivale, pois, a um espaço que permite um nível superior de integração, fundado na solidariedade e cooperação mútua, no qual o local e global não se excluem. Pelo contrário, afirma Beck, "[...] o local deve ser compreendido como um aspecto do global"[60].

A Transnacionalidade se evidencia por duas premissas: a desterritorialização, no sentido de que o espaço transfronteiriço não pertence a nenhum Estado nacional; e a pluralidade de agentes e estruturas supra e subnacionais interdependentes. Essa pluralidade é que, segundo Cruz e Bodnar, vai criar novos espaços de governança e estabelecer uma "pauta axiológica de amplo consenso" que viabilizaria um "novo pacto de civilização"[61].

Para Ribeiro, a Transnacionalidade não é um fato (algo que existe), e sim uma condição, ou melhor, o conjunto de várias condições (integrativa, histórica, econômica, tecnológica, cultural, social e ritual) capazes de modificar

---

58 JESSUP, Phillip C. **Direito transnacional**. Tradução Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa (Portugal): Fundo de Cultura, 1965. p. 11-13.

59 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2012. p. 139-140.

60 BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 94-95.

61 CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2012. p. 164.

a nossa forma de pensar e de agir em um mundo globalizado[62].

Em conclusão, os fluxos da Globalização fizeram despontar um novo cenário, o da Transnacionalidade, no qual, como aduz Bauman, "ninguém parece estar no controle agora". E essa nova e desconfortável percepção das "coisas fugindo ao controle"[63], sobretudo diante dos danos e riscos deslocalizados e da necessidade da proteção de bens supraindividuais é que demonstra a emergência da construção de uma nova ordem político-jurídica, em que não será mais possível pensar nacionalmente, sem levar em conta a realidade globalizada. Ou seja, nessa transformação dos paradigmas organizacionais da Sociedade moderna, defende Sassen, o nacional abre caminho para o global[64], exigindo um realinhamento do Estado-nação e do Direito com a nova realidade transnacional à sua volta.

3 DIREITO GLOBAL: UM NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO

A incapacidade de o Direito tradicional responder eficazmente às novas demandas surgidas dos fluxos da Globalização e a inexistência de um novo modelo maduro o suficiente, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, para substitui-lo, evidencia a crise[65] contemporânea do fenômeno jurídico moderno.

Consciente da necessidade de se repensar o Direito diante dessa nova arquitetura social transnacional, neste terceiro e último capítulo será

---

62 RIBEIRO, Gustavo Lins. Condições da transnacionalidade. **Série Antropológica**. Brasília, v. 223, 1997, p. 3-25. Disponível em: http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie223empdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

63 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 66.

64 SASSEN, Saski. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensemblajes globales. Tradução para o espanhol Maria Victoria Rodil. Buenos Aires (Argentina): Katz, 2010. p. 19-26.

65 Dentre as muitas definições para a palavra "crise", adotar-se-á, como marco ou referencial teórico, o célebre conceito de Antonio Gramsci, segundo o qual "a crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem". Em outros termos, tem-se uma crise quando o modelo velho já não se mostra capaz de dirigir a Sociedade (está ultrapassado), mas modelo novo ainda não está explicitado (não está maduro o suficiente) e, desse modo, não se revela ainda qualificado para orientar o presente. Trata-se, portanto, de um período de transição entre uma condição anterior, desgastada pelo tempo, caótica, mas que resiste em desaparecer, e "outra" que ainda está em formação e se apresenta até então como uma incógnita frente aos problemas e desafios reais enfrentados na atualidade. Vide: AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular**: desafio global para a construção do futuro sustentável. Florianópolis: Habitus, 2020. p. 48 (Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade, v. 7).

apresentado um esboço de um novo paradigma jurídico, o **Direito Global**.

Toda comunidade estabelecida necessita de um Direito com normas que garantam a justiça e a paz. O Direito Global aqui exposto resgata a concepção de direito cosmopolita (*ius cosmopoliticum*) defendida por Immanuel Kant e Carl Schmitt, que tem como destinatário a humanidade (comunidade política global), formada por todas as pessoas do mundo, independentemente de suas diferenças culturais, étnicas, religiosas e ideológicas, e objetos aqueles assuntos que, por realmente afetarem a humanidade em seu conjunto (bens públicos globais), hão de ser protegidos universalmente, a exemplo da erradicação da fome e da pobreza; do fim das desigualdades sociais; da promoção de políticas de saúde pública, emprego e imigração; da conservação do meio ambiente; das ações para o desenvolvimento sustentável e contra as mudanças climáticas; do combate ao terrorismo e ao tráfico (de drogas, armas, pessoas, órgãos e espécies da fauna e flora silvestres); da supressão do armamento nuclear; entre outros.

Para Maria Cláudia de Souza e Josemar Soares, esse direito "não pode partir desta ou daquela cultura, desta ou daquela visão de direito ou sociedade, mas do homem enquanto condição natural [...]"[66]. Nesse contexto, a proposta é que o Direito Global tenha como pressuposto (base filosófica) o humanismo, que, diferentemente do antropocentrismo, "reconhece o valor do homem em sua totalidade e tenta compreendê-lo em seu mundo, que é o da natureza e da história"[67]. Vale dizer, para que o homem se desenvolva enquanto ser humano, isto é, para que ele desenvolva todas as suas virtudes e potencialidades, não é possível separá-lo de seu ambiente natural. A teoria humanista, assim, cuida da dimensão existencial do homem e de sua participação empática na vida social em prol da construção de um mundo melhor.

Frisa-se que a comunhão de valores e princípios universalmente reconhecidos e aceitos pela humanidade é o que move o homem a participar da vida social, orientando-o em seu caminhar. Ademais, é a amálgama que permite a necessária coesão interna (senso de unidade) às distintas ordens

---

[66] SOUZA, Maria Claudia S. A. de; SOARES, Josemar Sidinei. O humanismo como pressuposto para o direito transnacional. *In*: **Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito** – Dados eletrônicos – Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 219.

[67] SOUZA, Maria Claudia S. A. de; SOARES, Josemar Sidinei. O humanismo como pressuposto para o direito transnacional. *In*: **Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito** – Dados eletrônicos – Florianópolis: CONPEDI, 2020, p. 221.

normativas que integram esse direito cosmopolita. Merece destaque, nesse ponto, a preocupação com a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, enraizada nos valores da solidariedade, da dignidade humana, da sustentabilidade e da paz, os quais, de sua vez, estão intrinsicamente ligados a uma pretensão moral justificada. Logo, o Direito Global, longe da "pureza" propalada pela ciência jurídica tradicional, não desconsidera o sistema moral, pelo contrário, a moralidade é a argamassa que confere determinada lógica para que o sistema possa funcionar, dando-lhe condições de "hospitalidade universal" (Kant) [68].

Além de uma pauta axiológica comum, o Direito Global concentra-se mais no *ser* (aspecto ontológico) do que no *dever ser* (aspecto deontológico), ou seja, valoriza mais o fato social a ser regulado (condição material) do que a hipótese contida na norma (condição formal). A partir do pensamento de Santi Romano, para quem o fenômeno jurídico surge da necessidade (da oferta e da procura) como produto da manifestação social[69], pode-se afirmar que o Direito Global, especialmente nos dias atuais, deve estar sempre pronto para mudar conforme surjam novos fatores que influenciem na realidade hipercomplexa do mundo globalizado (facticidade social).

E é justamente por estar mais próximo da realidade (do fato social a ser regulado) que o Direito Global deve ser tratado em cotejo com a categoria da Transnacionalidade que, como estudado no capítulo anterior, caracteriza o atual momento vivido pela Sociedade moderna. A propósito, o Direito Global, na medida em que provém do fenômeno da Transnacionalidade, está balizado por seus atributos típicos: a desterritorialização e a pluralidade de agentes. O primeiro, distingue Staffen, corresponde à "sua condição de produzir efeitos nos mais diversos territórios, instituições e relações, mas sem pretensões universalistas"[70]. O Direito Global coabita e interage com os demais ordenamentos jurídicos existentes, regulando ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais, sobretudo porque, em se tratando de demandas globalizadas e que interferem fortemente na vida das pessoas que

---

[68] GUARIGLIA, Osvaldo. **En camino de uma justicia global**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 48.

[69] ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008. p. 77.

[70] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1.

formam a comunidade política global (humanidade), o que se percebe é a real impossibilidade de cisões entre espaços nacionais, internacionais e transnacionais. É fundamental que o Direito Global seja incorporado aos ordenamentos jurídicos nacionais para que esses se tornem completos. Já o segundo atributo advém da inexistência de uma autoridade global suprema. Ainda conforme o autor:

> O advento do transnacionalismo e da globalização jurídica apresenta em sua essência traços de consensualidade, na faceta de contratos, acordos, cooperações, mútuo reconhecimento nos expedientes de produção normativa e, por sua vez, negociações, mediações e arbitragem para a resolução de controvérsias.[71]

Vai daí que a fragmentação jurídica resultante da Globalização e firmada em relações de cooperação dispensa o papel central exercido pelos Estados nacionais e reconhece a legitimidade de outros agentes e instituições da Sociedade investidos agora de poder, cuja autoridade "passa a ser muito mais uma questão de princípios com capacidade de efetivação do que o uso da força e/ou coação"[72]. Diante disso, a autoridade a prosperar em tempos de Globalização, "é aquela reconhecida como efetiva perante as necessidades emergentes"[73]. Curial salientar que o Direito Global não implica na existência de um Estado global, tampouco busca a exclusão do Estado nacional — sem dúvida, o principal modelo de organização político-jurídica da Sociedade —, mas, inegavelmente, reclama que a lógica de funcionamento deste seja reconfigurada a fim de que possa atuar sinergicamente ao lado das outras forças que surgem das plúrimas instituições sociais que se manifestam nos cenários da Globalização. Não está errado dizer, nesse diapasão, que o Direito Global exerce a importante função de mediação e contenção dos poderes globais, sem motivação excludente, mas com preponderância sobre qualquer influência de um poder arbitrário (*rule of law*). Enfim, como conclui Staffen:

> [...] o Direito Global não desconstitui o Direito Nacional, não desconsidera o Direito Internacional, não nega o Direito

[71] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.
[72] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 44.
[73] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 45.

> Supranacional (comunitário), pelo contrário, dialoga com cada um deles conforme os fenômenos a serem regulados.[74]

A fragmentação pela qual atravessa o Direito moderno, cujas raízes estão alojadas na Globalização, também está associada à multiplicidade de fontes normativas (pluralismo jurídico). Sobre esse aspecto, novamente ganha relevância e atualidade as lições de Santi Romano. Para o autor italiano — que já defendia na primeira metade do século XX o pluralismo como consequência de sua visão institucionalista —, o Direito não é um produto exclusivamente estatal, e sim o resultado da manifestação social verificável em todas as organizações em que se processam interações humanas e institucionais (corpos sociais). Logo, a norma não decorre apenas dos poderes estatais, mas da Sociedade, em manifestações plurais e ordenadas[75]. Na nova ordem mundial, os atores transnacionais que integram o sistema de governança planetária, com ações em todos os níveis (local, regional, nacional e global), desempenham cada vez mais esse papel institucional de produzir normas com autonomia diante do Estado-nação. Daí que o Direito Global, ao fixar instrumentos normativos além da exclusividade estatal, é um Direito plural por excelência.

Em linhas gerais, esses novos expedientes normativos agregam outras perspectivas ao modelo jurídico, de natureza mais organizacional, a exemplo das normas técnicas e de gestão, que, segundo Benoit Frydman, "parecem encontrar, especialmente no contexto supra ou transnacional, um terreno de desenvolvimento favorável em detrimento das regras jurídicas e das instituições jurídicas clássicas [...]"[76]. Essa nova moldura de regulação, que compõe um mundo paralelo e quase desconhecido de normas, é o que a doutrina tem denominado de *soft law*[77], referindo-se, *lato sensu*, a todos

---

[74] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 59.

[75] ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008. p. 61.

[76] FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. 3 ed. Tradução Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 17 (Coleção Estado e Constituição, v. 17).

[77] Staffen, com base na obra de Maria Mercè Dernaculleta i Gardella, ao passo em que conceitua a *soft law* em uma acepção *lato sensu*, aponta a autorregulação como sua espécie, entendida esta "como manifestação da capacidade que possuem os sujeitos privados de aprovar e garantir a satisfação de normas de comportamento que devem

aqueles instrumentos normativos que não decorrem de um processo deliberativo formal de produção legislativa conduzido perante um poder estatal investido dessa função (*hard law*). Para Catania:

> A complexidade social requer ferramentas conceituais que não sejam muito rígidas, dotadas daquela flexibilidade e vontade de hibridização que as tornam adequadamente variáveis, mas que, por outro lado, mantenham uma espinha dorsal e uma persistência que as façam resistir à labilidade dos acontecimentos e que estabilizem seus efeitos. O Direito assume o desafio, em sua extraordinária flexibilidade e riqueza de formas, tentando acompanhar essas forças centrífugas.[78]

Sobre esse assunto, na avaliação de Staffen:

> [...] o que se vislumbra na dinâmica da globalização jurídica é a expansão da *soft law* enquanto prática jurídica plural e horizontal, livre de vínculos estatais e por estar mais próxima das matrizes transnacionais e globais, dos entes e dos poderes desterritorializados, podendo, desse modo, como fonte do Direito Global, ofertar respostas mais rápidas, precisas e efetivas às demandas globais, ainda que com circunscrição local/regional.[79]

Cuidam-se, portanto, de normas menos rígidas, cuja eficácia residiria em sua capacidade de se adaptar com maior velocidade e efetividade a diferentes circunstâncias, isto é, à sua maleabilidade ou ductibilidade, e que, ao invés da sanção pelo descumprimento (coerção), induzem comportamentos por meio de incentivos e desincentivos, em consonância com a lógica organizacional da governança.

Nesse cenário de fragmentação do Direito, que reflete a nova configuração do sistema político — na qual o poder soberano dos Estados nacionais (estrutura monocêntrica de poder) é compartilhado com uma grande diversidade de atores públicos e privados, nacionais, internacionais, supranacionais, transnacionais e globais, governamentais ou não-

---

respeitar no exercício das atividades a que estão associados". Vide: STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 77.

[78] CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015. p. 16: "*La complessità sociale esige strumenti concettuali non troppo rigidi, dotati di quella flessibilità e disponibilità all'ibridazione che li renda adeguatamente variabili, ma d'altra parte tali che mantengano un'ossatura e una persistenza che faccia loro reggere la labilità degli eventi e che ne stabilizzino gli effeti. Il diritto raccoglie la sfida, nella sua straordinaria duttilità e ricchezza di forme, tentando di star dietro a queste spinte centrifughe.*" (Tradução livre)

[79] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 83.

governamentais (estrutura policêntrica de poder) —, aceitar a produção normativa sem a centralidade do Estado e compreendê-la, mesmo assim, como Direito (gênero), é condição imperiosa da transição da modernidade para a pós-modernidade. Não o fazer, advertem Caletti e Staffen, equivale a ignorar a normatividade de "direitos não oficiais", como os preceitos de *soft law*, que se apresentam particularmente mais receptivos e adaptáveis aos novos anseios decorrentes dos fluxos da Globalização[80].

Outra característica essencial do Direito Global e que o distingue da tradicional lógica de hierarquia das normas posta por Kelsen é que, não obstante a variedade e a interação multinível de instrumentos normativos (estatais e não estatais), estes são irredutíveis ao esquema formal de delegação vertical (sistema piramidal), funcionando como uma verdadeira rede. Para tanto, observa Staffen, reportando-se ao escólio de Sabino Cassese, articulam-se seguindo a lógica da especialização e segmentação temática, baseados em normas setoriais, relativas às matérias singulares ao caso[81].

O Direito Global também é incompatível com a visão mecanicista do Direito moderno. E não poderia ser diferente. Como acentua Juarez Freitas, "[...] para crises sistêmicas, impõe-se soluções sistêmicas"[82]. Assim, para dar respostas mais eficazes às demandas multidimensionais surgidas dos fluxos da Globalização, o Direito Global deve sempre estar aberto ao pensamento sistêmico e multidisciplinar, o que implica, na leitura de Fritjof Capra e Ugo Mattei, uma radical mudança de paradigma para uma concepção holística e ecológica da realidade, na qual o mundo passa a ser visto como uma rede de comunidades ecológicas[83].

Por fim, sobreleva destacar a importância da informação e da participação na construção do Direito Global como meio para conferir-lhe publicidade e transparência, bem assim legitimidade democrática. Ademais,

---

[80] CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *In*: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, jan./abr. 2019, p. 288. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 19 ago. 2022.

[81] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 69.

[82] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2016. p. 53.

[83] CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018. p. 9-14.

propiciam alternativas para a sociedade civil, em geral, e os indivíduos, em particular, confrontarem os episódios derivados dos fluxos da Globalização e transitarem além das fronteiras clássicas e territorializadas dos Estados, focados na efetiva proteção dos bens públicos globais relevantes. Na leitura de Sfaffen, o direito à informação e à participação promovem o Direito Global, "pois, além da publicidade, reforçam instrumentos de controlabilidade e não-surpresa, cuja possibilidade se manifesta além da territorialidade nacional por meios eletrônicos (*e-democracy*)". E complementa: "Permitem, enfim, meios ágeis de cooperação entre sujeitos, instituições e a governança global (transnacional)"[84].

Em síntese, o Direito Global, enquanto Direito emergente, não visa suplantar os modelos jurídicos preexistentes, mas repensá-los com o olhar do novo, reformatá-los com vista a permitir uma abertura aos novos sistemas regulatórios que surgem da participação ativa e proativa da Sociedade e, fundamentalmente, reconectá-los à realidade a ser regulada — realidade esta que, nos dias atuais, é transnacional —, da qual o fenômeno jurídico tradicional há muito se afastou (se desconectou).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada, é possível elaborar algumas conclusões, muito embora não tenha este artigo científico o propósito de esgotar o tema envolvendo a emergente construção de um Direito Global.

O estudo principiou-se por algumas noções elementares acerca do Estado, mais especificamente do Estado moderno (Estado-nação), considerando sua íntima relação com o Direito, enquanto ordem regulatória. Viu-se que dois de seus elementos constitutivos, o território (elemento material) e a soberania (elemento formal), são fundamentais para entender o seu protagonismo na produção, interpretação e aplicação do Direito moderno, ao mesmo tempo em que também permitem compreender certas falhas estruturais na lógica de organização e funcionamento estatal que contribuíram para o distanciamento do fenômeno jurídico da realidade social a ser por ele regulada.

[84] STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 104.

Ao tratar do Direito moderno, de inegável matriz teórica positivista, procurou-se destacar algumas características principais que, em maior ou menor grau, mantiveram-se em evidência durante a modernidade, independentemente dos processos evolutivos do Estado e do constitucionalismo nesse período. Com base nessas características, pôde-se descrever o Direito moderno como um fenômeno humano e social, marcado por uma visão de mundo mecanicista, que se desenvolve por meio de um sistema de normas jurídicas postas pelo Estado ou permitidas por ele, com alcance delimitado ao seu território e cuja obrigatoriedade está assentada na própria força de seu poder soberano ou, em outros termos, no monopólio legítimo da violência estatal. Cuida-se, ademais, de um Direito tipificado pelo formalismo, com leis mais rígidas e destinadas a durar por muito tempo, cuja validade obedece a uma estrutura hierárquica vertical (piramidal) e não depende da concordância com qualquer sistema moral.

Na sequência, examinou-se a Globalização e a Transnacionalidade, dois fenômenos históricos e sociais, reflexamente interligados, responsáveis por abalar as estruturas e fundações da Sociedade moderna, colocando em xeque a capacidade operacional e instrumental de o Estado-nação organizar e coordenar as relações entre homens e povos, bem assim de o Direito tradicional regular a nova realidade social transnacional em que os problemas são desterritorializados e os desafios globalizados.

Nesse cenário de crise sistêmica, de alcance e efeitos globais, discorreu-se, então, sobre o emergente Direito Global, que tem como destinatário a humanidade (comunidade política global) e objetos aqueles assuntos que, por realmente afetarem a todas as pessoas do mundo, hão de ser protegidos universalmente (bens públicos globais), a exemplo dos direitos humanos e do meio ambiente. Do esboço apresentado, depreende-se que o Direito Global: *(i)* tem como pressuposto (base filosófica) o humanismo, com foco na dimensão existencial do homem e sua participação empática na vida social; *(ii)* não desconsidera o sistema moral, pelo contrário, a comunhão de princípios e valores reconhecidos e aceitos pela humanidade é condição fundamental para a coesão interna das distintas ordens normativas que o integram; *(iii)* concentra-se mais no *ser* (aspecto ontológico) do que no *dever ser* (aspecto deontológico), valorizando mais o fato social a ser regulado

(condição material) do que a hipótese contida na norma (condição formal); *(iv)* é transnacional, eis que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais, produzindo efeitos nos mais diversos territórios, porém sem pretensões universalistas (desterritorialização), bem como advém da inexistência de uma autoridade global suprema, estando disperso nas plúrimas instituições da Sociedade investidas de poder (pluralidade de agentes); *(v)* não é imposto, porquanto construído a partir da mediação e pactuação (consensualidade) dos agentes envolvidos; *(vi)* é plural, no que se refere à multiplicidade de fontes normativas, uma vez que suas normas não decorrem com exclusividade dos poderes estatais, englobando também as manifestações dos novos atores transnacionais que integram o sistema de governança planetária e que, cada vez mais, desempenham o papel de produzir normas com autonomia diante do Estado-nação; *(vii)* é híbrido, porque, sem pretensões excludentes, favorece a interação multinível dos modelos jurídicos estatais com os novos instrumentos normativos não estatais, classificados como *soft law*, cujos preceitos são menos rígidos e mais flexíveis, bem assim mais receptivos e adaptáveis aos novos anseios sociais decorrentes dos fluxos da Globalização; *(viii)* tem sua eficácia reconhecida mais por uma questão de efetividade da modulação das dinâmicas sociais, com responsividade (*responsive law*), do que pelo uso da força e/ou coação; *(ix)* é irredutível ao esquema formal de delegação vertical, funcionando como uma verdadeira rede; *(x)* articula-se seguindo a lógica da especialização e segmentação temática, com normas setoriais, baseado no pensamento sistêmico e na análise multidisciplinar dos fenômenos sociais; por fim *(xi)* tem na informação e na participação duas poderosas ferramentas para conferir-lhe publicidade, transparência e ares democráticos, além de propiciar alternativas para cooperação entre sujeitos e instituições na proteção dos bens públicos globais e governança.

Em consideração final ao estudo proposto, infere-se que toda e qualquer solução para superação da crise do Direito, no que tange à sua incapacidade de oferecer respostas mais rápidas e eficientes às demandas transnacionais complexas surgidas da Globalização, passa, necessariamente, por sua ressignificação. O Direito moderno, territorializado e centralizado no poder soberano do Estado-nação e reduzido à dicotomia nacional-internacional, é

incompatível com a realidade da Transnacionalidade e deve, urgentemente, ser repensado, máxime quando, nos dias atuais, o que se percebe é a real impossibilidade de cisões entre espaços nacionais, internacionais e transnacionais. Não há mais tempo e espaço para uma ordem jurídica que, por meio de uma abordagem avalorativa e lógico-dedutiva, optou pela norma como forma que se opõe ao fenômeno social e o regula de fora. Na era do imprevisto, a falácia da segurança jurídica é um detalhe que atrapalha o raciocínio. O Direito deve estar sempre pronto para mudar conforme surjam novos fatores que influenciem na realidade a ser por ele regulada.

Nesse contexto, a construção de um Direito Global, dotado de uma nova lógica organizadora, que mescla aos modelos jurídicos estatais preexistentes outros e novos instrumentos normativos provenientes dos atores públicos e privados transnacionais, muito mais dinâmicos e sensíveis às aspirações da Sociedade, apresenta-se como uma alternativa viável para essa transição paradigmática, contribuindo enquanto capacidade necessária à criação de novos espaços de governança e estabelecimento de uma pauta axiológica de amplo consenso em torno de questões relevantes para a humanidade. O Direito Global será tanto mais efetivo quanto maior for a participação e cooperação dos sujeitos e das instituições em sua constituição e aperfeiçoamento. E o primeiro passo é tornar o Direito Global parte integrante dos ordenamentos nacionais. Afinal, enquanto os Estados não assumirem o Direito Global, seus ordenamentos seguirão incompletos, pois não terão em conta a pessoa como integrante da humanidade, o que equivale a negar a própria realidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular**: desafio global para a construção do futuro sustentável. Florianópolis: Habitus, 2020 (Coleção Direito, Meio Ambiente e Sustentabilidade, v. 7).

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**: exposição clara e completa dos princípios fundamentais da doutrina do estado. 4 ed. Rio de Janeiro: Globo, 1962.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa (Portugal): Edições 70, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. O hábito da obediência e o reconhecimento da normatividade do direito pela aceitabilidade racional em sentido forte. *In*: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, Curitiba. **Anais** – Dados eletrônicos – Florianópolis: Funjab, 2013. v. 1.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. *In*: **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, jan./abr. 2019. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455. Acesso em: 19 ago. 2022.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**: decisione e norma nell'età globale. Bari (Itália): Laterza, 2015.

CERVANTES, Aleida Hernández. **La producción jurídica de la globalización económica**: notas de una pluralidad jurídica transnacional. México DF (México): Unam, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2012.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEMARCHI, Clóvis. **Direito e educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3 ed. Belo Horizonte: Forum, 2016.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. 3 ed. Tradução Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018 (Coleção Estado e Constituição, v. 17).

GUARIGLIA, Osvaldo. **En camino de uma justicia global**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del estado**. Tradução em espanhol Fernando de los Ríos. México DF (México): FCE, 2000 (Coleção Política y Derecho).

JESSUP, Phillip C. **Direito transnacional**. Tradução Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Lisboa (Portugal): Fundo de Cultura, 1965.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4 ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. **Função social do estado contemporâneo**. 4 ed. – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2013.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Condições da transnacionalidade. **Série Antropológica**. Brasília, v. 223, 1997. Disponível em: http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie223empdf. Acesso em: 14 ago. 2022.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Linha do horizonte. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SASSEN, Saski. **Territorio, autoridad y derechos**: de los ensamblajes medievales a los ensemblajes globales. Tradução para o espanhol Maria Victoria Rodil. Buenos Aires (Argentina): Katz, 2010.

SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Tradução para o espanhol Dora Schilling Thon. Buenos Aires (Argentina): Editorial Struhart & Cia., 1979.

SOARES, Josemar Sidinei. Globalização, pós-modernidade e transnacionalidade: questões existenciais e jurídicas. *In*: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Direito global**: transnacionalidade e globalização jurídica – Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2013.

SOUZA, Maria Claudia S. A. de; SOARES, Josemar Sidinei. O humanismo como pressuposto para o direito transnacional. *In*: **Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito** – Dados eletrônicos – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalidade da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Bem_comum. Acesso em: 14 ago. 2022.

RETENÇÃO ESCOLAR VOLUNTÁRIA DE CRIANÇAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA: Os desafios da lei de bases da educação e os avanços da jurisprudência

VOLUNTARY SCHOOL RETENTION OF CHILDREN WITH AUTISM SPECTRUM DISORDER: Challenges of the brazilian education basis legislation and the advances of jurisprudence

Liliane Midori Yshiba Michels[1]
Maria Letícia da Rosa Cornassini[2]

Resumo: O direito à educação inclusiva leva em conta os princípios constitucionais para estabelecer normativas específicas a pessoas com deficiência, incluindo pessoas com transtorno do espectro autista (TEA). É dever do Estado assegurar que a educação de pessoas com TEA observe o desenvolvimento individual. No caso de crianças com TEA, há óbice imposto pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) para a manutenção de crianças acima de seis anos no ensino infantil, ainda que a retenção escolar infantil seja devida. O objetivo principal do trabalho é demonstrar o papel essencial da jurisprudência para garantir o direito de retenção escolar voluntária de crianças com TEA no ensino infantil e superar a barreira da LDB. Os objetivos específicos do trabalho são: compreender as bases constitucionais da educação inclusiva e de pessoas com TEA, identificar a problemática da LDB e analisar o posicionamento dos julgados dos tribunais da região Sul do país. O trabalho foi desenvolvido com metodologia hipotético-dedutiva, método de pesquisa bibliográfico, exploratório e jurisprudencial, e análise qualitativa de decisões judiciais. Ao final, conclui-se que os tribunais vêm adotando posicionamento para afastar a LDB e aplicar os princípios constitucionais, garantindo a observância à prerrogativa do desenvolvimento individual do aluno.

Palavras-chave: educação inclusiva; transtorno do espectro autista; retenção escolar voluntária.

Abstract: The right to inclusive education considers constitutional principles to establish specific regulations for people with disabilities, including people with autism spectrum disorder (ASD). It is the State's duty to ensure that the education of people with ASD considers individual development. In the case of children with

[1] Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUCPR. Pós-graduada em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Falência e Recuperação de Empresas pela PUCPR. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito - GRAED da PUCPR. Graduada em Direito pela UEM. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. lilianemyshiba@gmail.com

[2] Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento na PUCPR. Pós-graduada em Direito Internacional pelo CEDIN. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito - GRAED da PUCPR. Graduada em Direito pela PUCPR. Graduada em Relações Internacionais pelo UniCuritiba. Advogada. maria.leticiarc@outlook.com

ASD, there is an obstacle imposed by the Education Guidelines and Bases Law (LDB) for maintaining children over six years in early childhood education, even if school retention is due. The main objective of the work is to demonstrate the essential role of jurisprudence in guaranteeing the right to voluntary school retention of children with ASD in early childhood education and overcoming the LDB barrier. The specific objectives of the work are: to understand the constitutional bases of inclusive education and people with ASD, identify the LDB problem and analyze the positioning of court decisions in the southern region of the country. The work was developed using a hypothetical-deductive methodology, a bibliographic, exploratory, and jurisprudential research method, and a qualitative analysis of judicial decisions. In conclusion, the courts have adopted a position rejecting the LDB and applying constitutional principles, guaranteeing compliance with the prerogative of the student's individual development.

Keywords: inclusive education; autism spectrum disorder; voluntary school retention.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, é notável o aumento significativo no mundo do número de crianças diagnosticadas com transtorno do espectro autista (TEA). No Brasil, não há dados específicos coletados a respeito do número de crianças diagnosticadas com autismo, muito embora a percepção de especialistas da área sugira que houve um aumento de consultas em busca do diagnóstico correto[3].

Há países, todavia, que acompanham por meio de dados o número de crianças diagnosticadas com transtorno do espectro autista, como ocorre nos Estados Unidos, país em que os dados do Centro de Controle e Prevenção de Doenças (CDC) apontam que, em 2000, 1 a cada 150 crianças foram diagnosticadas com autismo, porém, esse número avançou em 2020 para 1 a cada 36 crianças com menos de 8 anos de idade[4]. Já no Reino Unido, pesquisas realizadas pela Universidade de Newcastle indicam que, em 2021, 1 a cada 57

[3] ROSÁRIO, Mariana. **Autismo: Alta de casos no Brasil e no mundo é fruto da maior compreensão do transtorno, dizem médicos.** https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2024/01/21/autismo-alta-de-casos-no-brasil-e-no-mundo-e-fruto-da-maior-compreensao-do-transtorno-dizem-medicos.ghtml. Acesso em: 23 jun. 2024.

[4] BIERNATH, André. **Cantora Sia revela diagnóstico de autismo: por que números do transtorno estão crescendo tanto?** https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4njjq3e172o. Acesso em: 23 jun. 2024.

crianças britânicas foram diagnosticadas com transtorno do espectro autismo, número consideravelmente maior ao anteriormente registrado[5].

A questão é que com o aumento de pessoas com TEA, é preciso, também, garantir a devida proteção e amparo normativo, principalmente com relação à educação.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 inseriu em seu art. 6º o direito à educação no rol dos direitos sociais e, no que se refere especificamente às pessoas com deficiência, estabeleceu a necessidade de que seja prestado a elas atendimento especializado, de preferência na rede regular de ensino.

Para além disso, a Lei n. 12.764/2012 garantiu, com a redação dada no parágrafo único do art. 3º, o direito à acompanhante especializado às pessoas com transtorno do espectro autista, que são consideradas pessoas com deficiência, incluídas nas classes comuns do ensino regular, nos casos em que restar devidamente comprovado.

Muito embora as legislações constitucional e infraconstitucional tenham regulamentado, de certa forma, com detalhes o direito à educação das pessoas com deficiência e, sobretudo, das pessoas com transtorno do espectro autista, algumas situações – dadas as particularidades de cada indivíduo – não se encontram tuteladas sequer pela exceção prevista no art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 12.764/2012, sendo, então, necessário que o Poder Público adote outras medidas com base no próprio art. 208, III, da Constituição Federal de 1988.

Um destes casos específicos é justamente o da retenção escolar infantil, que é medida que visa manter a criança na série em que se encontra, sem progressão para a próxima, como medida excepcional. No caso de crianças com TEA, a retenção escolar infantil é, muitas vezes, uma medida para garantir que a criança acompanhe o desenvolvimento escolar.

Fato é que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9394/1996) possui um verdadeiro óbice legal à prática da retenção, já que permite que as crianças permaneçam no ensino de educação infantil somente até os 6

[5] BIERNATH, André. **Cantora Sia revela diagnóstico de autismo: por que números do transtorno estão crescendo tanto?** https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4njjq3e172o. Acesso em: 23 jun. 2024.

anos de idade. Daí surge o questionamento: e nos casos em que esta retenção é precisa para o desenvolvimento escolar?

Por essa razão, o objetivo principal deste artigo é demonstrar o papel essencial da jurisprudência para garantir o direito de retenção escolar voluntária de crianças com TEA no ensino infantil e superar a barreira da LDB.

Para tanto, os objetivos específicos do trabalho são compreender as bases constitucionais da educação inclusiva e de pessoas com TEA, identificar a problemática da LDB e analisar o posicionamento dos julgados dos tribunais da região Sul do país (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal Regional Federal da 4ª Região).

A metodologia utilizada no presente trabalho foi a hipotético-dedutiva, com pesquisa exploratória, bibliográfica e jurisprudencial. Além disso, foi realizada pesquisa qualitativa consistente na análise das fundamentações exaradas pelos julgados encontrados na pesquisa jurisprudencial.

Ao final, foi possível concluir que muito embora a LDB imponha um óbice à retenção escolar infantil de crianças com TEA, os tribunais vêm adotando postura efetiva em rechaçar o impedimento normativo e aplicar os princípios constitucionais para promover a educação inclusiva.

É que a retenção voluntária no ensino infantil de crianças com TEA consiste em verdadeira prerrogativa, desde que devidamente comprovada por laudos médicos a necessidade da medida, já que garante que o desenvolvimento individual do aluno seja promovido de forma efetiva.

Em essência, o poder judiciário é um agente necessário para garantir a imposição de prestações positivas que assegurem a promoção de educação inclusiva de crianças com TEA.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA DE PESSOAS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Não há dúvidas sobre o papel central da educação no desenvolvimento de um Estado e seu posição enquanto condição de garantia de um mínimo existencial.

Ao catalogar o direito à educação como um direito social[6] de forma expressa em seu art. 6º, a Constituição Federal de 1988 elevou-o à categoria de direito constitucional, dedicando a Seção I do Capítulo III – que engloba o art. 205 até o art. 214 – integralmente a ele.

Porém, mais do que um mero direito constitucional, o direito à educação revela-se como um direito fundamental social[7], sobretudo porque a Constituição Federal de 1988, elaborada no Direito Pós-Positivista, marcado pela busca do bem-estar social e pela redução das desigualdades sociais frente aos avanços industriais promovidos, deixou de ser um documento apenas e tão somente de cunho político, passando a ter orientação ética para toda a sociedade[8].

Mais do que isso, com a Lei Fundamental de 1988, passa-se da superioridade da lei formal para a supremacia da Constituição, consagrando-se na bússola orientadora do conteúdo substancial para as demais normas, por veicular os valores sociais mais relevantes, formando, assim, "um novo paradigma,

---

[6] "Os direitos sociais são imposições do princípio social na configuração da comunidade política; correspondem à escolha constituinte de um Estado e de uma sociedade ativamente comprometidos com a efetivação da democracia social – em outras palavras, com a igualdade material [...]". NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 132.

[7] Cumpre registrar que os direitos sociais, assim como os direitos econômicos, não possuem função exclusiva de satisfazer o mínimo existencial. Este é um *minus* em relação aos direitos sociais e econômicos, os quais são detentores de conteúdo mais amplo, abarcando deveres de prestação e abstenção, e que objetivam, como dimensão máxima, a igualdade material entre os indivíduos, e não apenas a erradicação da pobreza e da marginalização, finalidade maior do mínimo existencial. HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 221.

[8] SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. **O direito fundamental à educação inclusiva e a retenção voluntária das crianças com deficiência intelectual na educação infantil por um ano adicional**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ - Rio de Janeiro, n. 39, jun. 2021, p. 0189.

calcado na valorização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dela emanam”[9].

Ainda, é precisamente nesse cenário que os direitos fundamentais deixam de ser considerados apenas sob o ponto de vista de sua titularidade individual, isto é, por sua dimensão subjetiva, “passando a ser compreendidos como fundamentos do sistema normativo, verdadeiras diretrizes constitucionais que orientam de maneira objetiva a atividade dos Poderes Públicos para o atendimento dos bens jurídicos por eles tutelados (dimensão objetiva)”[10].

Partindo-se da ideia de que a educação é um direito social de caráter fundamental – e, portanto, dever do Estado[11] e da família – tem-se que ela abrange um conjunto de ações e procedimentos, que resultam de decisões e convivências familiar, social e escolar, com a finalidade de formar o indivíduo diante da sociedade[12], buscando integrá-lo a ela.

É por essa razão que se pode dizer que a educação é chave, também, para a inclusão social, já que através dela, há uma viabilização de direitos e oportunidades, levando em consideração as particularidades de cada um.

Portanto, é dever do Estado concretizar os princípios constitucionais voltados à educação por meio de políticas públicas que os implementem na prática, prezando sempre pela igualdade de condições de acesso e permanência[13].

---

[9] HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jun./2013, p. 348.

[10] HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, ago./dez. 2013, p. 639.

[11] “[...] independentemente da formulação constitucional encontrada, todas as normas de direitos fundamentais são reconduzíveis a uma estrutura típica cujo conteúdo consiste na imposição ao Estado de obrigações ou deveres de que, directa ou indirectamente, resultam para os particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas, ou seja, os direitos fundamentais”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 54.

[12] CAMINHA, Anelize Pantaleão Caminha. **O direito à educação inclusiva**: uma proposta inclusiva. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 45.

[13] SILVA, Carla Luana da; LEAL, Rogério Gesta. **Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 9, n. 2, 2022, p. 431-432.

A educação inclusiva é um dos pressupostos da educação moderna, que objetiva a maximização do alcance da educação para todos os indivíduos, de modo a promover o desenvolvimento do ser humano[14], levando em consideração as diferentes dimensões humanas, como no caso de pessoas com deficiência.

Aqui, é importante brevemente mencionar que se considera pessoa com deficiência, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão (lei n. 13.146/2015), a pessoa que, a longo prazo, possui impedimento "de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas"[15].

Portanto, a deficiência será caracterizada por uma combinação de um impedimento contínuo, independentemente de sua natureza, com uma barreira a uma participação plena e igualitária na sociedade[16].

Já o Transtorno do Espectro Autista (TEA) é inserido dentro do grupo de "transtorno global do desenvolvimento – F84" pelo Código Internacional de Doenças[17] e qualifica-se pela presença de respostas anormais a estímulos (auditivos ou visuais), pela compreensão da linguagem, dificuldades de interação social, comportamentos limitados e repetitivos e manias[18].

Por serem inseridas como pessoas com deficiência, as pessoas com TEA tem a elas assegurados os mesmos direitos e prerrogativas educacionais.

1.1 Bases constitucionais da educação inclusiva

---

[14] JIMÉNEZ, Pablo. **La educación como derecho social, humano y fundamental: princípios y perspectivas de la educación moderna**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 3, 2019. p. 683-684.

[15] BRASIL. Lei n. 13.146, 06 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

[16] COSTA, Flávia Albaine Farias da. **O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes**: análise do seu significado na corte interamericana de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. Revista Teoria Jurídica Contemporânea, 2020, p. 68.

[17] CÓDIGO INTERNACIONAL DE DOENÇAS. *CID-10*. 2013. Disponível em: https://cid10.com.br/%5Ebuscadescr$?query=f84. Acesso em: 20 jul. 2024.

[18] BRASIL. Ministério da Saúde: biblioteca virtual em saúde. Transtorno do Espectro autista. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/transtorno-do-espectro-autista-tea-autismo/. Acesso em: 10 jul. 2024.

Dentro do contexto de educação especializada, a Constituição Federal de 1988 assegurou não apenas o direito à educação, como também o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, de preferência na rede regular de ensino (art. 208, III).

De forma mais específica, o direito social à educação das pessoas com deficiência, ao ser assim regulamentado pela Constituição Federal, está orientado a possibilitar autonomia e o pleno desenvolvimento da personalidade humana, viabilizando, assim, a capacidade consciente de autodeterminação pela própria vida e respectivos atos, além de uma digna convivência em uma sociedade justa e solidária.

O modelo de constitucionalização do direito à educação de pessoas com deficiência, portanto, demonstrou que o antigo viés de educação especial para as pessoas com deficiência era insuficiente e inadequado, devendo, ao contrário, prevalecer um modelo de educação inclusiva[19].

Ganham relevância, dessa forma, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade – consagrados respectivamente nos arts. 1º, III e 5º, da CF/88 – que consistem em verdadeiros sustentáculos do direito social à educação das pessoas com deficiência, pois, com base neles, é possível assegurar a sua participação em ambientes escolares em condições de igualdade com as demais pessoas, distanciando-se da ideia de discriminação ou exclusão social.

Esses alicerces constitucionais do direito social à educação das pessoas com deficiência acabam possibilitando a garantia do desenvolvimento social, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, da CF/88).

Ainda, por se tratar de legítimo valor direcionado à sociedade, relaciona-se diretamente aos direitos sociais fundamentais, servindo como “escudo protetor de direitos básicos (mínimo existencial) e do regime jurídico legalmente estatuído em

---

[19] PEREIRA, Vitória; et. al. **Direito à educação: importância da educação inclusiva para a interação social de pessoas com deficiência intelectual**. Revista Multidisciplinar do Sertão, v.1, 2022, p. 8-10.

benefício das pessoas com deficiência, em reforço à dignidade humana e à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais”[20].

Isso porque, para garantir um sistema educacional que promova o desenvolvimento e seja acessível a todos, é essencial que haja uma quebra de barreiras tanto relacionadas aos espaços físicos, como relacionadas à forma de comunicação, ao acesso à educação e às outras configurações do sistema nacional de educação[21].

E antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, já havia, no âmbito internacional, uma tendência de ampliação dos direitos das pessoas com deficiência, com amparo aos indivíduos em situação de vulnerabilidade, incluindo o direito à educação.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegurou, em seu art. 26, o direito à educação a todos, visando “à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais”[22].

Para além disso, destacam-se como mecanismos internacionais de garantia à educação inclusiva de pessoas com deficiência: a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, formalizada em 1960 pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, e em vigor dede 1976; a Declaração do Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1976; a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1989; a Declaração Mundial sobre a Educação para Todos, aprovada pela Organização das Nações

---

[20] CAMINHA, Anelize Pantaleão Caminha. **O direito à educação inclusiva**: uma proposta inclusiva. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 43.
[21] BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; ADRIANO, Luana. **Tecnologia assistiva e direito à educação de crianças com deficiência:** críticas e desafios da mediação educacional on-line. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, p. 233–262, 2022, p. 247-248.
[22] **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: OHCHR | Universal Declaration of Human Rights - Portuguese. Acesso em: 7 jul. 2024.

Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 1990; a Convenção Interamericana para Eliminação Pacto de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, conhecida como Convenção de Guatemala, datada de 1999; e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, também denominada de Convenção de Nova Iorque, de 1996.

Merece destaque também a Declaração de Salamanca, elaborada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), em 1994, sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais, que enfatizou a necessidade de adoção de escolas regulares orientadas a uma educação inclusiva, com distanciamento de atitudes discriminatórios, para possibilitar a construção de uma sociedade inclusiva.

Os tratados em questão formam o importante arcabouço internacional que busca assegurar a igualdade do direito à educação das pessoas com deficiência, a partir do reconhecimento da existência de diferenças e peculiaridades dessas pessoas e que contribuíram na formação de uma normativa nacional – para além das bases estabelecidas na Constituição – para viabilizar educação inclusiva.

Inclusive, nesse sentido, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU foi recepcionada na normativa brasileira com *status* de norma constitucional e posteriormente instrumentalizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2016).

Neste aspecto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu um marco de inclusão de pessoas com deficiência nas mais diversas áreas da vida civil e política, com foco na promoção de uma vida independente atrelada aos mecanismos de proteção adequados e necessários[23].

Também no cenário nacional, a Lei n. 7.853/89 assegurou às pessoas com deficiência em seu art. 2º, I, “a”, a educação especial como modalidade educativa, que engloba a “educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva,

[23] BEZERRA DE MENEZES, Joyceanne; CAMINHA, Uinie**. A capacidade do empresário e o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 411–442, 2017, p. 423-425.

a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios”[24].

Já a Lei n. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu, em seu art. 54, I, que a garantia ao atendimento educacional especializado às crianças e adolescentes com deficiência, de preferência na rede regular de ensino, é dever do Estado.

Da mesma forma, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), consistente na Lei n. 9.394/96, consagrou em seu art. 4º, III, o dever do Estado assegurar o atendimento educacional especializado gratuito às pessoas com deficiência, transtorno globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, de forma transversal e em todos os níveis, etapa e modalidades, de preferência na rede regular de ensino.

Visível, portanto, que há uma tendência de evolução normativa do Estado brasileiro na promoção – ou ao menos, na instrumentalização – do direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência. Os mecanismos normativos são essenciais para garantir que o Estado tenha imposto a si prestações positivas para garantir o direito à educação. Cumpre somente entender se tais prestações estão sendo efetivamente cumpridas.

Nesse sentido, justifica-se, também, a necessidade de promulgação de leis de promoção de educação inclusiva voltadas especificamente a um grupo de pessoas, como é o caso das pessoas com transtorno do espectro autista.

1.2 A educação inclusiva voltada a pessoas com transtorno do espectro autista

No que se refere especificamente às pessoas com transtorno do espectro autista (TEA), a sua regulamentação infraconstitucional encontra-se delineada na Lei n. 12.674/2012, a Lei Berenice Piana.

---

[24] BRASIL. Lei n. 7.853, 24 de outubro de 1989, Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm. Acesso em: 7 jul. 2024.

A lei parte das dificuldades relacionadas ao TEA para estabelecer condições mínimas para a proteção dos direitos da pessoa com TEA. Nos termos da lei em questão, são considerados como pessoas com TEA aquelas que possuírem:

> I - Deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; II - Falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento[25].

Enquadram-se como pessoas com TEA, ainda, aqueles que possuírem:

> Padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos[26].

Para todos os efeitos legais, as pessoas com autismo são consideradas pessoas com deficiência, nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.764/2012. Essa inclusão formal faz com que seja possível exigir que a escola capacite seus professores de maneira mais adaptada e que desenvolva um modelo colaborativo com a família e profissionais da saúde[27].

Dentre os direitos assegurados na referida lei às pessoas com transtorno do espectro autista, estão o livre desenvolvimento da personalidade (art. 3º, I) e o acesso à educação e ao ensino profissionalizante (art. 3º, IV, “a”).

A Lei n. 12.764/2012 assegura, ainda, no parágrafo único do art. 3º o direito à acompanhante especializado às pessoas com o transtorno do espectro autista incluídas nas classes comuns do ensino regular, nos casos em que restar devidamente comprovado.

---

[25] BRASIL, Lei nº 12.764/2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.
[26] BRASIL, Lei nº 12.764/2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.
[27] SANT´ANNA, Wallace; SANTOS, Cristiane. A **Lei Berenice Piana e o Direito à educação dos indivíduos com transtorno do espectro autista no Brasil**. Revista Temporis, v. 15, n. 2, 2015, p.110-112.

Com relação aos direitos especificamente voltados à educação previstos na Lei Berenice Piana, levaram em conta os sintomas característicos do TEA, como por exemplo, os cuidados diferenciados para promover uma socialização e comunicabilidade de pessoas com TEA, a repetição de palavras aleatoriamente (ecolalia) e a repetição de atitudes (estereotipias)[28].

As dificuldades no processo de socialização e comunicação fazem com que seja necessário que uma instituição de ensino adapte suas regras para promover um melhor preparo técnico-pedagógico de professores e do currículo escolar[29].

Os contornos delineados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional revelam nitidamente que o ordenamento jurídico brasileiro está voltado para a educação inclusiva, considerando sobretudo a necessidade de observância de tratamento isonômico e das peculiaridades das pessoas com deficiência, prevendo, inclusive, de forma excepcional o direito à acompanhante especializado quando, no caso concreto, a necessidade da medida for demonstrada.

A despeito da garantia constitucional a esse direito, não são poucas as dificuldades enfrentadas por pessoas com TEA para efetivar, na prática, os direitos que lhe são assegurados. Em estudo realizado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, foi constatado que cerca de 40% das famílias entrevistadas manifestaram descontentamento com as escolas e indicaram a falta de profissionais especializados na condução de educação de alunos com TEA[30]. O estudo concluiu que as escolas regulares da rede pública do estado não eram capazes de garantir o aprendizado ou desenvolvimento de habilidades de alunos

---

[28] REMEDIO, José Antonio. **Pessoas com deficiência e autistas**: direitos e benefícios, inclusão social, políticas públicas, educação e tutela judicial individual e coletiva. Curitiba: Juruá, 2021, p. 104-106.

[29] REMEDIO, José Antonio; ALVES, Alexandre Luiz Rodrigues. **Direito à educação da pessoa com transtorno do espectro autista: obstáculos à sua efetivação**. Espaço Jurídico Journal of Law, v. 22, n. 1, 2021, p. 392-394

[30] TIBYRIÇÁ, Renata Flores. **Direito à Educação das pessoas com transtorno do espectro do autismo**. Journal of Research in Special Educational Needs, v. 16, n. 1, 2016, p. 384-386.

com TEA, em violação ao dever do Poder Público frente à Convenção Internacional sobre os Direitos de Pessoas com Deficiência[31].

Por essa razão, diante da inércia estatal ou da falta de aplicação prática dos direitos consolidados, o poder judiciário pode atuar como agente central, determinando obrigações positivas ao Estado. No caso da LDB, como se verá, o descompasso da norma já vem sendo remediado pelo Poder Judiciário mediante a aplicação de princípios constitucionais.

2 AS LIMITAÇÕES DA LDB FRENTE À PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA DE CRIANÇAS COM TEA: O CASO DA RETENÇÃO ESCOLAR

Não há dúvidas de que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei n. 9.349/96) buscou tutelar o acesso das pessoas com deficiência a um atendimento educacional especializado, o que foi consagrado pelo disposto no art. 4º, III.

Ocorre que a despeito da previsão de educação inclusiva a pessoas com deficiência, a LDB também figura, no caso de pessoas com TEA, principalmente as crianças, como uma barreira em certos casos. Especificamente, com relação à retenção escolar voluntária, há verdadeiro óbice nos termos da LDB.

A retenção escolar é justamente a possibilidade de manter um aluno na série em que está, sem progressão para a próxima. No caso, a discussão envolvendo a retenção escolar voluntária no ensino infantil diz respeito à possibilidade de manter a criança na série em que está, desde que essa manutenção seja necessária para o desenvolvimento da criança e que essa retenção seja uma opção exercida, e não uma imposição ou penalização[32].

Mas a LDB, de forma expressa, em seus arts. 29 e 32, estabelece que a educação infantil engloba as crianças que tem até 5 anos de idade, tendo o ensino

---

[31] TIBYRIÇÁ, Renata Flores. **Direito à Educação das pessoas com transtorno do espectro do autismo.** Journal of Research in Special Educational Needs, v. 16, n. 1, 2016, p. 384-386.
[32] SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. **O direito fundamental à educação inclusiva e a retenção voluntária das crianças com deficiência intelectual na educação infantil por um ano adicional**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ - Rio de Janeiro, n. 39, jun. 2021, p. 193-194.

fundamental obrigatório início aos 6 anos de idade, com duração total de 9 anos, com foco na formação básica do cidadão.

Nota-se, assim, que, apesar de todo arcabouço normativo nacional, sobretudo a Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 12.764/2012, consagrarem a educação inclusiva das crianças com deficiência – dentre elas, as com transtorno do espectro autista – a regulamentação infraconstitucional do ensino nacional restringe a possibilidade de que crianças com mais de 5 anos de idade permaneçam no ensino infantil.

Afinal, o que acontece com a criança de 6 anos com TEA que não está, ainda, apta à progressão ao ensino fundamental, mas que de acordo com a lei, deveria ser colocada nesta modalidade de ensino?

A regra veiculada na LDB é bastante clara e não consagra qualquer exceção para as crianças com deficiência, em especial aquelas com transtorno do espectro autista, determinando que, em qualquer caso, a criança com a idade deve iniciar seus estudos obrigatoriamente no ensino fundamental.

Nesse caso, ainda que tecnicamente recomende-se a retenção de uma criança no ensino infantil, nos termos da LDB, sua retenção estaria inviabilizada.

Todavia, não parece ser esse o caminho a ser trilhado, especialmente porque a normativa nacional e os documentos internacionais indicam, a partir da premissa básica de se reconhecer as diferenças das pessoas com deficiência[33], a necessidade de se assegurar meios para o bom desenvolvimento de sua personalidade, cuja base é a própria dignidade pessoa humana, o que inclui a necessidade de se garantir a igualdade de oportunidades[34], pois o que se busca é exatamente eliminar as desigualdades no ponto de partida, minimizando as

[33] "Naturalização das diferenças é premissa fundamental para que se possa enxergar a diversidade como um valor e não como um obstáculo". LOPEZ, Gonzalo. **O direito à educação da pessoa com deficiência**: histórico de garantias normativas e reflexões sobre o capacitismo pedagógico. In: Deficiência & os desafios para uma sociedade inclusiva. ALMEIDA, Leonardo Rocha da; BARROS, João Pedro Leite; GOMES, Igor Lima da Cruz (Coord.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 181.
[34] Segundo Daniel Wunder Hachem, a Lei Fundamental de 1988 adotou a proposta da igualdade de oportunidades, majoritária em diversos países, e que busca garantir um mínimo de recursos para proporcionar a todos um ponto de partida igualitário, além de, a partir do igualitário exercício das liberdades, reduzir as discriminações existentes entre os indivíduos quanto à oportunidade de se alcançar melhores posições. HACHEM, Daniel. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jun./2013, p. 378.

diferenças existentes entre os indivíduos no que se refere à conquista de melhores posições na sociedade.

É de se registrar, ainda, o posicionamento adotado por Anelize Pantaleão Puccini Caminha, que compreende que o desenvolvimento escolar da pessoa com deficiência deve ser visto sob a perspectiva da equidade, cujo conceito está vinculado à justiça, considerando que o grupo das pessoas com deficiência é heterogêneo – dadas as peculiaridades e as necessidades específicas, que ocasionam reflexos individuais particulares em decorrência das diferentes barreiras ambientais – e a materialização da igualdade de oportunidades em relação aos demais indivíduos não é atingida pelo mero emprego de medidas padrões de natureza compensatória[35].

Para a autora, a equidade, na prática, poderia ser reconhecida como a possibilidade de aplicação da lei pelo operador do Direito norteada pela adequação do enunciado normativo, que é abstrato, ao caso concreto, moldando-o de acordo com as peculiaridades do caso concreto e criando norma específica, diante da impossibilidade de o legislador prever todas as situações significativas para regular as relações sociais entre os indivíduos[36].

A própria Constituição Federal de 1988 reforça essa conclusão, na medida em que, para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, tutelou como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, entre outros, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade.

Não bastasse, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos seus princípios fundamentais, para além do próprio princípio da igualdade, que não se resume à igualdade formal, abrangendo também a igualdade material, para, identificadas as diferenças, proteger aqueles que estão em situação de desigualdade, proporcionando os instrumentos para sua adequada tutela, levando-se em consideração o grau de vulnerabilidade[37].

---

[35] CAMINHA, Anelize Pantaleão Caminha. **O direito à educação inclusiva**: uma proposta inclusiva. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 105.
[36] Ibidem, p. 108.
[37] BARBOZA, Heloisa Helena. **Desafios à efetividade da lei brasileira de inclusão**. In: Deficiência & os desafios para uma sociedade inclusiva. ALMEIDA, Leonardo Rocha da; BARROS, João Pedro Leite; GOMES, Igor Lima da Cruz (Coord.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022, p. 85.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante dentro do ordenamento jurídico brasileiro que não se sujeita à ponderação com outros princípios ou bens constitucionais e sua reserva de eficácia "é um direito que atua diretamente quando falhar o funcionamento regular do sistema de direitos fundamentais"[38].

A seu turno, o princípio da igualdade em sua acepção material ou substancial deve ser considerado como a "garantia a todos das possibilidades de realização pessoal e social, sem que isto signifique anular a liberdade individual, a autonomia da vontade e a necessidade de construção, pelo indivíduo, dos caminhos para seu desenvolvimento"[39].

Em relação à igualdade material, é relevante distinguir seus dois principais aspectos, como registrou Eurico Bitencourt Neto[40], quais sejam, a discriminação positiva para garantir o respeito à própria dignidade do ser humano, ou seja, assegurar os meios mínimos para uma digna existência, bem como a discriminação positiva para viabilizar a ultrapassagem de barreiras sociais, econômicas, físicas ou psíquicas, visando a construir o bem-estar social para todos.

Nesse quadro, o ambiente escolar inadequado pode revelar-se como barreira a ser ultrapassada, não se fazendo necessário e suficiente apenas o atendimento escolar especializado às crianças e adolescentes com deficiência, quando houver recomendação médica indicando a necessidade de permanência da criança no ensino infantil por mais um ano adicional, ainda que já tenha completado 6 anos de idade, critério objetivo adotado pela LDB para que a criança esteja matriculada e frequente o ensino fundamental.

Trilhar esse novo caminho, albergado de forma implícita no ordenamento jurídico, é sinônimo de mudança de olhar para as pessoas com deficiência, tradicionalmente atores invisíveis e excluídos por serem considerados incapazes

---

[38] BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.
[39] BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.
[40]BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

ou inválidos, possibilitando, por meio de estímulos que viabilizem suas potencialidades e interações com o ambiente, que possam vir a ocupar posições de protagonismo na sociedade brasileira.

Em especial porque a interpretação de casos envolvendo o debate em comento deverá levar em consideração a interpretação dos princípios do direito, que possuem papel de influir no conteúdo e alcance de todas as normas e devem funcionar como diretivas para a interpretação das normas jurídicas, no caso de antagonismos[41].

Dessa forma, é necessário superar as premissas restritivas da LDB especificamente para este caso, de maneira a viabilizar a retenção escolar voluntária nos casos em que devidamente justificada. Isso porque, os dispositivos constitucionais relacionados à educação possuem caráter programático e, por conta disso, devem ser observados quando da implementação de normas infraconstitucionais[42], como é o caso da LDB.

Deverá a LDB ser analisada em conjunto com os arts. 205 e seguintes da Constituição Federal para garantir que os reflexos educacionais gerados estão em consonância com os princípios constitucionais que regem o direito à educação[43] inclusiva. Dentro deste contexto, a intervenção do poder judiciário se torna essencial.

3 A JURISPRUDÊNCIA COMO PROPULSORA DE MUDANÇAS NO CASO DA RETENÇÃO ESCOLAR

[41] PEREZ ESTEVES, H. **Ativismo normativo na aplicação constitucional do desenvolvimento sustentável.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 91–109, 2014, p. 99-100.
[42] GOMES, Magno Federici. **Aplicabilidade das normas constitucionais educacionais brasileiras**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, 2009, p. 247-249.
[43] GOMES, Magno Federici. **Aplicabilidade das normas constitucionais educacionais brasileiras**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, 2009, p. 247-249.

Como se viu, a exequibilidade de muitas garantias educacionais de pessoas com TEA ficará dependente de prestações positivas[44] do Estado que, na prática, tem de ser demandadas judicialmente[45].

Em momentos anteriores, foi papel das Cortes nacionais reafirmar direito das pessoas com deficiência e instrumentalizar os princípios constitucionais da educação inclusiva na prática e de acordo com as necessidades de cada caso.

No julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5357, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dos arts. 28, §1º e 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nos termos da fundamentação do STF, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e a Constituição Federal conferem ao Estado a base da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática e por conta disso, a Corte entendeu pelo dever do Estado de facilitar a participação igualitária e plena de pessoas com deficiência no sistema de ensino[46].

Ainda, a Corte reiterou que este dever é aplicável, também, às instituições privadas de ensino, que devem, inclusive, promover a integração ao ambiente, para além da integração à educação, de pessoas com deficiência.

O caso acima mencionado cumpre o propósito de demonstrar como o poder judiciário pode atuar para sanar as falhas do poder público na implementação do direito à educação de pessoas com deficiência. Também quando se fala em retenção escolar voluntária no ensino infantil, a atuação do poder judiciário é fundamental na proteção do direito de crianças com TEA.

Portanto, de modo a demonstrar que a jurisprudência tem papel fundamental na instrumentalização da educação inclusiva de pessoas com TEA,

---

[44] "[...] a maior dificuldade de exigibilidade judicial das prestações positivas implica, necessariamente, a impossibilidade de justicialização dos direitos sociais e o seu enquadramento na categoria de direitos fundamentais, pois, como amplamente repetido neste trabalho, não há uma correspondência definitiva entre os direitos sociais e as obrigações estatais positivas". HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, f. 151.

[45] DA COSTA, Marli Marlene Moraes; FERNADES, Paula Vanessa. **A educação inclusiva do autista como direito humano fundamenta e a tutela jurisdicional: as possibilidades e os limites**. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 5, n.2, 2017, p. 900-902.

[46] STF, ADI 5357 MC-Ref-ED/ DF, rel. Ministro Edson Fachin, 2017.

foi conduzido estudo jurisprudencial nos julgados proferidos pelos Tribunais de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), Santa Catarina (TJSC), Rio Grande do Sul (TJRS) e no Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF-4).

Como o foco do presente estudo é compreender a questão específica da retenção escolar infantil voluntária de crianças com TEA, a pesquisa foi conduzida dentro desse enfoque.

Na pesquisa, não foram colocados filtros temporais, de modo a compreender o maior número possível de decisões.

Como palavras-chaves de busca, foram utilizados os termos “transtorno do espectro autista”, “autismo”, “autista”, “retenção escolar”, “retenção” e “ensino infantil”, “ensino”.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), após a combinação dos termos acima, foram encontrados 12 registros.

No TJPR, houve ainda a necessidade de selecionar os julgados especificamente voltados à retenção escolar na educação infantil, já que grande parte das decisões proferidas diziam respeito à retenção escolar no ensino fundamental.

A maior dificuldade de análise dos julgados do TJPR residiu principalmente no fato de que a grande maioria dos casos se encontrava em segredo de justiça, não sendo possível apreciar a fundamentação argumentativa que justificou (ou não) a retenção escolar.

No TJRS, foram encontrados 3 julgados, todos envolvendo educação escolar infantil. Em todos eles, os acórdãos foram disponibilizados na íntegra, facilitando o estudo sobre os fundamentos utilizados.

No TJSC e no TRF-4, não foram encontrados julgados relacionados a retenção escolar infantil de crianças com TEA. Inclusive, os julgados do TJSC relacionados à educação infantil de crianças com TEA relacionavam-se somente com a necessidade de a instituição de ensino providenciar acompanhante especializado, em concretização ao precedente estabelecido pelo STJ. Os resultados preliminares do TJSC evidenciam, inclusive, como nem mesmo os

direitos garantidos por lei e reafirmados pelas Cortes Superiores conseguem ser plenamente efetivados sem que as partes recorram a intervenção judicial.

De modo a trazer um panorama mais amplo sobre o deferimento ou não do pleito pela retenção escolar, foram analisadas as decisões relacionadas a ensino infantil e fundamental, mas a análise dos fundamentos decisórios se limitou à retenção escolar infantil.

Os resultados da pesquisa podem ser resumidos da seguinte forma, destacando que "favorável" indica decisão que deferiu o pedido de retenção e "desfavorável", a decisão que indeferiu o pedido:

TRIBUNAL	AUTOS	RELATOR	SEGREDO DE JUSTIÇA	EDUCAÇÃO	DECISÃO
TJPR	0014960-55.2023.8.16.0188	Dartagnan Serpa Sa	Sim	Fundamental	Favorável
	0000810-53.2023.8.16.0064	Fabian Schweitzer	Sim	Infantil	Favorável
	0006951-52.2024.8.16.0000	Lilian Romero	Não	Infantil	Favorável
	0000184-16.2024.8.16.0188	Renato Lopes de Paiva	Sim	Fundamental	Favorável
	0004681-65.2022.8.16.0084	José Augusto Gomes Aniceto	Sim	Infantil	Favorável
	0026002-20.2022.8.16.0000	José Augusto Gomes Aniceto	Sim	Infantil	Favorável
	0005171-19.2017.8.16.0034	Lilian Romero	Não	Fundamental	Favorável
	0017360-50.2021.8.16.0014	Francisco Luiz Macedo	Sim	Fundamental	Favorável

		Junior			
	0007817-31.2022.8.16.0000	Renato Lopes de Paiva	Sim	Fundamental	Favorável
	0005928-42.2022.8.16.0000	Horácio Ribas Teixeira	Sim	Infantil	Desfavorável
	0000141-79.2024.8.16.0188	Claudio Smirne Diniz	Sim	Fundamental	Favorável
	0001640-24.2022.8.16.0106	Jefferson Alberto Johnsson	Sim	Fundamental	Favorável
TJSC	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há
TJRS	5385975-16.2023.8.21.7000	Eduardo João Lima Costa	Não	Infantil	Favorável
	5054099-19.2023.8.21.7000	Ricardo Pippi Schmidt	Não	Infantil	Favorável
	5235816-95.2022.8.21.7000	Helena Marta Suarez Maciel	Não	Infantil	Favorável
TRF-4	Não há	Não há	Não há	Não há	Não há

Fonte: elaboração própria

3.1 Os fundamentos judiciais

Como se pode notar, ainda que de forma lenta, os tribunais analisados vêm adotando posicionamentos paradigmas e superando as limitações formais da LDB para promover a educação inclusiva de crianças com TEA.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná foi o tribunal com maior número de decisões favoráveis à retenção escolar voluntária infantil de crianças com TEA quando justificada.

Em realidade, no único precedente desfavorável do TJPR, nos autos nº 0005928-42.2022.8.16.0000, em decisão proferida pelo relator desembargador Horácio Ribas Teixeira, a negativa ocorreu por falta de provas efetivas da probabilidade do direito que, no caso, seria a de que o aluno possuiria quadro de autismo que justificasse a manutenção na série em questão.

Com exceção da negativa acima, a análise das ementas disponíveis ao público evidenciou que os argumentos principais pelo deferimento da retenção escolar infantil consistem no fato de que foram produzidas provas suficientes que evidenciem que a criança possui TEA e que, por conta disso, necessita de adaptação do direito à educação.

O entendimento é de que a manutenção na série cursada assegura o processo de desenvolvimento e adaptação da criança, considerando que a capacidade de aprendizado deve ser analisada de forma individual[47].

No mais, há uma tendência geral em privilegiar – como se deve – os princípios constitucionais que tutelam o direito à educação, deixando de lado menções à LDB, ainda que se trate de casos versando sobre educação infantil.

Foi possível constatar que as decisões privilegiam a aplicação do art. 208, inciso V, da Constituição Federal (efetivação do dever de promover educação do Estado por meio de acesso à níveis de ensino compatíveis com a capacidade individual) e das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A decisão do relator desembargador Fabian Schweitzer nos autos nº 0000810-53.2023.8.16.0064 foi exatamente nesse sentido: o acesso ao sistema educacional inclusivo deveria ser realizado de acordo com as necessidades de aprendizagem individuais de cada criança, levando em consideração os princípios constitucionais e as disposições do ECA. Para além, o julgador fez menção às disposições específicas do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Lei Berenice Piana para justificar a retenção escolar[48].

---

[47] TJPR - 7ª Câmara Cível - 0014960-55.2023.8.16.0188 - Curitiba - Rel.: DESEMBARGADOR DARTAGNAN SERPA SA - J. 05.04.2024.
[48] TJPR – 7ª Câmara Cível - 0000810-53.2023.8.16.0064 - * Não definida - Rel.: DESEMBARGADOR FABIAN SCHWEITZER - J. 11.12.2023.

Considerando o fato de que a maioria das decisões se encontrava em segredo de justiça, a análise será limitada aos fundamentos decisórios do acórdão do Agravo de Instrumento nº 0006951-52.2024.8.16.0000, de relatoria da desembargadora Lilian Romero, e que é a única decisão de inteiro teor referente à educação infantil.

O caso em questão versava sobre mandado de segurança[49] impetrado por menor para obter autorização para matricular-se, no ano letivo de 2024, na mesma série cursada em 2023. A decisão pontuou que o menor impetrante era pessoa com deficiência e possuía limitações de convívio e comunicação, não conseguia participar ativamente de atividades propostas e tampouco expressar seus sentimentos por linguagem.

Ainda, havia avaliação do colégio juntada aos autos que concluía pela necessidade de manutenção do menor no ensino infantil, já que isso viabilizaria a ele mais tempo para desenvolver capacidades necessárias para o ingresso na educação fundamental.

Ainda assim, houve decisão do Núcleo Regional de Educação de Campo Mourão indeferindo o pleito, motivo pelo qual impetrou-se a segurança. A decisão de primeiro grau indeferiu a segurança por entender que o município havia suficientemente fundamentado suas razões para realizar a progressão de série do menor.

Em suas razões de fundamentação, a desembargadora relatora entendeu que é dever constitucional do Estado fornecer atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência e que a comprovação de necessidade de cuidados diferenciados foi amplamente comprovada no caso dos autos.

Por conta das dificuldades da criança em questão, sua manutenção na mesma série, enquanto subsistir a necessidade, é justamente medida que garante o acesso à educação de acordo com sua capacidade individual, em plena observância ao texto constitucional.

---

[49] TJPR – Agravo de Instrumento nº 0006951-52.2024.8.16.0000 -Rel. Des. Lilian Romero. – Publicada em 02.07.2024.

Por fim, a magistrada pontuou que a garantia do ensino inclusivo não pode ser usada como pretexto para dificultar o acesso à educação observadas as necessidades especiais das pessoas com deficiência.

Acertadamente, os julgados do TJPR efetivam os princípios constitucionais e promovem, como prioridade, a educação inclusiva aos alunos com TEA.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ambas as decisões encontradas – talvez por terem sido disponibilizadas em seu inteiro teor – permitiram uma melhor análise da ponderação argumentativa realizada em casos similares.

Nos autos nº 5054099-19.2023.8.21.7000, em caso envolvendo pedido de oferta de assistente especializado e regressão escolar de criança com TEA, com relação à viabilização de um profissional especializado, o relator foi direto ao mencionar que a Lei Brasileira de Inclusão garante um sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizados, sendo que no caso, o apoio de um profissional seria preciso para a compreensão e realização de tarefas em sala de aula.

Com relação a regressão escolar, o relator fundamentou que foi constituída prova nos autos indicando limitações cognitivas no aluno com TEA, de modo que a regressão à educação infantil, a despeito da idade de 8 anos, era fundamental para o contato com estudantes de sua idade mental.

O relator entendeu que as medidas eram necessárias para a permanência e acompanhamento do aluno nas atividades escolares, bem como de sua integração social, fatores relacionados ao seu desenvolvimento enquanto pessoa humana.

Contudo, é nos autos de nº 385975-16.2023.8.21.7000 que podemos verificar o claro conflito normativo presente na LDB em casos envolvendo a retenção escolar voluntária de crianças com TEA.

Em síntese, foi ajuizada ação de obrigação de fazer em face do Município de Cachoeira do Sul para que o menor fosse autorizado a repetir série da educação infantil. A sentença de primeiro grau foi procedente e autorizou a retenção voluntária do menor.

Todavia, o Ministério Público interpôs recurso de agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão, alegando que a legislação específica (neste caso, a LDB) deve ter seus requisitos objetivos atendidos e implementados, de modo que deveria ser respeitada a idade de 6 anos como idade máxima para permanência na educação infantil.

Em suas razões, o desembargador relator destacou, em primeiro lugar que, de fato, o marco temporal de aplicação da LDB no caso faria com que o menor com TEA tivesse de ser progredido para o ensino fundamental. Todavia, o requisito deveria ser mitigado diante da situação peculiar do caso.

Destacou que foram juntados laudos psicológicos, psicopedagógicos e fonoaudiólogos que recomendavam a permanência do menor na educação infantil, considerando as limitações de seu diagnóstico clínico.

Pontuou que o direito de progressão em nível/ano/série condizente com a idade do estudante e a existência de fatores que atestem as dificuldades enfrentadas consistiam em motivos a justificar uma medida excepcional e razoável para promover o desenvolvimento educacional da criança.

Por fim, vale pontuar que nos autos nº 5235816-95.2022.8.21.7000, o voto da Desembargadora Relatora foi justamente no sentido de frisar o direito constitucional à educação inclusiva, com destaque aos arts. 205 e 208, inciso IV, da Constituição Federal.

No mais, da mesma forma que no TJPR, a magistrada pontuou que o Estatuto da Criança e do Adolescente também reforça a necessidade de atendimento educacional especializado àqueles com deficiências.

Curiosamente, de forma distinta dos casos anteriores, no caso em questão a LDB foi utilizada como fundamento para justificar o direito à educação especializada gratuita aos educandos com deficiência, mas pontuou que o critério da LDB com relação à idade é meramente etário e atrelado somente a um objetivo de progressão continuada de ensino, mas que não poderia impor impedimento legislativo para análise diversa a depender das circunstâncias do caso. Deferiu, ao final, o direito de retenção escolar.

Da mesma forma que o TJPR, também o TJRS promove a prevalência dos princípios constitucionais em suas decisões – ainda que em menor volume que no TJPR.

A argumentação jurídica promovida pelos tribunais evidencia o fato de que todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial que não pode ser confundido com o conteúdo da dignidade humana, mas que é variável em cada direito social, o que leva à necessidade de uma contextualização em cada caso, para entender as consequências em termos de proteção positiva e negativa da norma[50].

No caso da retenção escolar infantil em alunos com TEA, educação inclusiva e garantia de um desenvolvimento individualizado figuram como núcleos essenciais do direito à educação e protegem alunos com TEA de medidas que sejam contrárias a tal núcleo, ainda que tal medida conste em lei – como é o caso da progressão ao ensino fundamental após os 6 anos.

A análise dos entendimentos das cortes é suficiente para mostrar o papel ativo do poder judiciário nos casos de omissão normativa e em casos em que a tutela estatal precisa de impulso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil vem evoluindo em termos de legislação específica voltada a pessoas com deficiência a algum tempo. Dentro deste cenário, as obrigações internacionais pactuadas pelo país desempenharam um grande papel na internalização de normas que objetivavam promover a educação inclusiva.

Criou-se, no arcabouço jurídico normativo nacional, a regra de que a educação inclusiva deverá levar em consideração as características específicas do aluno, tudo para promover um desenvolvimento individual efetivo.

---

[50] SARLET, Ingo; ZOCKUN, Carolina. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 3, n. 2, 2006, p. 127-129.

Por essa razão é que os princípios constitucionais voltados à educação inclusiva deverão prevalecer em caso de conflito entre uma norma e o objetivo primordial da educação.

É este o caso da LDB e a retenção escolar de crianças com TEA. A LDB impõe uma vedação normativa expressa à permanência de crianças com 6 anos ou mais na educação infantil. Ocorre que crianças com TEA geralmente possuem um estágio de desenvolvimento diferenciado e a progressão para outra série pode prejudicar o desenvolvimento do aluno.

Por conta disso, especial atenção deve ser dada aos casos de alunos com TEA que precisam permanecer na mesma série de educação infantil.

Ao se fechar os olhos para tão importante segmento da sociedade, não se levando em consideração suas peculiaridades ao seu bom desenvolvimento para alcance da autonomia em sociedade – o que ocorre também por meio do ensino – produz-se a sua exclusão, já que os problemas relativos ao desenvolvimento das pessoas com deficiência são periféricos, não sendo relevantes para a coletividade.

Assim, defende-se a necessidade de que a retenção escolar infantil, quando voluntária, seja elevada à categoria de prerrogativa da criança com deficiência, em especial a com transtorno do espectro autismo, quando houver recomendação médica. E nesse sentido, o papel dos tribunais é essencial para garantir a efetivação desta prerrogativa.

A importância da fundamentação constitucional nos tribunais restou evidente na análise jurisprudencial realizada nos tribunais da região sul do país.

De forma geral, os julgados analisados demonstraram a importância de que prevaleçam os princípios constitucionais – claro, quando demonstrada a necessidade da medida por meio de conjunto probatório suficiente – na promoção de direitos à educação inclusiva de crianças com TEA.

De maneira específica ao caso de retenção escolar infantil de crianças com TEA, a prevalência principiológica constitucional é essencial para garantir a manutenção de crianças em séries escolares compatíveis com seu nível de desenvolvimento educacional.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Desafios à efetividade da lei brasileira de inclusão**. In: Deficiência & os desafios para uma sociedade inclusiva. ALMEIDA, Leonardo Rocha da; BARROS, João Pedro Leite; GOMES, Igor Lima da Cruz (Coord.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane.; CAMINHA, Uinie. **A capacidade do empresário e o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 411–442, 2017.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane; ADRIANO, Luana. **Tecnologia assistiva e direito à educação de crianças com deficiência**: críticas e desafios da mediação educacional on-line. A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, v. 22, n. 88, p. 233–262, 2022.

BIERNATH, André. **Cantora Sia revela diagnóstico de autismo: por que números do transtorno estão crescendo tanto?** https://www.bbc.com/portuguese/articles/c4njjq3e172o. Acesso em: 23 jun. 2024.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL, Lei nº 12.764/2012. **Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista**. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.146, 06 de julho de 2015, **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasília: Presidência da República, 2015. Acesso em: 7 jul. 2024.

BRASIL. Lei n. 7.853, 24 de outubro de 1989, **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm. Acesso em: 7 jul. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde: biblioteca virtual em saúde. **Transtorno do Espectro autista**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/transtorno-do-espectro-autista-tea-autismo/. Acesso em: 10 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357 MC-Ref-ED/ DF, rel. Ministro Edson Fachin, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 7ª Câmara Cível. **Autos nº 0014960-55.2023.8.16.0188**, Curitiba, Rel.: Desembargador Dartagnan Serpa Sa, julgado em 05.04.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 7ª Câmara Cível. **Autos nº 0000810-53.2023.8.16.0064**, Rel. Desembargador Fabian Schweitzer, julgado em 11.12.2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0006951-52.2024.8.16.0000**, Rel. Des. Lilian Romero, publicada em 02.07.2024.

CAMINHA, Anelize Pantaleão Caminha. **O direito à educação inclusiva**: uma proposta inclusiva. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

CÓDIGO INTERNACIONAL DE DOENÇAS. **CID-10**. 2013. Disponível em: https://cid10.com. br/%5Ebuscadescr$?query=f84. Acesso em: 20 jul. 2024.

COSTA, Flávia Albaine Farias da. **O conceito de pessoa com deficiência e a proposta de um diálogo de cortes**: análise do seu significado na corte interamericana de direitos humanos e na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. Revista Teoria Jurídica Contemporânea, 2020.

DA COSTA, Marli Marlene Moraes; FERNADES, Paula Vanessa. **A educação inclusiva do autista como direito humano fundamental e a tutela jurisdicional**: as possibilidades e limites. Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 5, n.2, 2017.

GOMES, Igor Lima da Cruz; VERAS, Vinínius Périssé Maia. **Deficiência, direitos fundamentais e os desafios para a educação inclusiva.** In: ALMEIDA, Leonardo Rocha da; BARROS, João Pedro Leite; GOMES, Igor Lima da Cruz (Coord.). Deficiência & os desafios para uma sociedade inclusiva. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

GOMES, Magno Federici. **Aplicabilidade das normas constitucionais educacionais brasileiras**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jun./2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**.

Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, ago./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

JIMÉNEZ, Pablo. **La educación como derecho social, humano y fundamental: princípios y perspectivass de la educación moderna.** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 6, n. 3, 2019.

LOPEZ, Gonzalo. **O direito à educação da pessoa com deficiência**: histórico de garantias normativas e reflexões sobre o capacitismo pedagógico. In: Deficiência & os desafios para uma sociedade inclusiva. ALMEIDA, Leonardo Rocha da; BARROS, João Pedro Leite; GOMES, Igor Lima da Cruz (Coord.). Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ONU**. Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948. Disponível em: OHCHR | Universal Declaration of Human Rights - Portuguese. Acesso em: 7 jul. 2024.

PEREIRA, Vitória; et. al. **Direito à educação: importância da educação inclusiva para a interação social de pessoas com deficiência intelectual.** Revista Multidisciplinar do Sertão, v.1, 2022.

PEREZ ESTEVES, H. **Ativismo normativo na aplicação constitucional do desenvolvimento sustentável.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 91–109, 2014.

REMEDIO, José Antonio. **Pessoas com deficiência e autista**s: direitos e benefícios, inclusão social, políticas públicas, educação e tutela judicial individual e coletiva. Curitiba: Juruá, 2021.

REMEDIO, José Antonio; ALVES, Alexandre Luiz Rodrigues. **Direito à educação da pessoa com transtorno do espectro autista**: obstáculos à sua efetivação. Espaço Jurídico Journal of Law, v. 22, n. 1, 2021.

ROSÁRIO, Mariana. **Autismo:** Alta de casos no Brasil e no mundo é fruto da maior compreensão do transtorno, dizem médicos**.**

https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2024/01/21/autismo-alta-de-casos-no-brasil-e-no-mundo-e-fruto-da-maior-compreensao-do-transtorno-dizem-medicos.ghtml. Acesso em: 23 jun. 2024.

SANT´ANNA, Wallace; SANTOS, Cristiane. **A Lei Berenice Piana e o Direito à educação dos indivíduos com transtorno do espectro autista no Brasil**. Revista Temporis, v. 15, n. 2, 2015.

SARLET, Ingo; ZOCKUN, Carolina. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 3, n. 2, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. **O direito fundamental à educação inclusiva e a retenção voluntária das crianças com deficiência intelectual na educação infantil por um ano adicional**. RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ - Rio de Janeiro, n. 39, jun. 2021.

SILVA, Carla Luana da; LEAL, Rogério Gesta. **Os programas constituidores da política pública educacional voltados à educação básica**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 9, n. 2, 2022.

TIBYRIÇÁ, Renata Flores**. Direito à Educação das pessoas com transtorno do espectro do autismo**. Journal of Research in Special Educational Needs, v. 16, n. 1, 2016.

ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA ERA DIGITAL

ACCESS TO JUSTICE: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN THE DIGITAL AGE

Luciana Pelisser Gottardi Trentini[1]

Resumo: O artigo explora o conceito de acesso à justiça, abordando sua evolução histórica e as diferentes ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Ele destaca a importância das inovações tecnológicas no contexto jurídico, especialmente na modernização do sistema judiciário. O estudo discute como o Brasil, com o programa Justiça 4.0, e a União Europeia, com iniciativas da Comissão Europeia, estão integrando tecnologias como a inteligência artificial para tornar a justiça mais eficiente, transparente e acessível. Além de analisar os desafios enfrentados, o texto propõe que a digitalização e o uso de inteligência artificial podem melhorar a eficiência da justiça, mas ressalta a importância de um marco regulatório ético e transparente. O artigo conclui que, embora a tecnologia não substitua a legislação tradicional, ela serve como uma ferramenta poderosa para promover o acesso à justiça e a proteção dos direitos humanos, reforçando a necessidade de colaboração entre o Estado, o setor privado e a sociedade civil para garantir um sistema jurídico adaptado às transformações tecnológicas e sociais.

Palavras-chave: acesso à justiça; tecnologia; inteligência artificial.

Abstract: The article explores the concept of access to justice, addressing its historical evolution and the different waves of reform proposed by Mauro Cappelletti and Bryant Garth. It highlights the importance of technological innovations in the legal context, especially in modernizing the judicial system. The study discusses how Brazil, through the Justiça 4.0 program, and the European Union, with initiatives from the European Commission, are integrating technologies such as artificial intelligence to make justice more efficient, transparent, and accessible. In addition to analyzing the challenges faced, the text suggests that digitization and the use of artificial intelligence can improve the efficiency of justice, but emphasizes the importance of an ethical and transparent regulatory framework. The article concludes that while technology does not replace traditional legislation, it serves as a powerful tool to promote access to justice and the protection of human rights, reinforcing the need for collaboration between the State, the private sector, and civil society to ensure a legal system adapted to technological and social transformations.

Keywords: access to justice; technology; artificial intelligence.

INTRODUÇÃO

[1] Mestra e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). E-mail: lugott@hotmail.com.

O presente estudo visa provocar uma reflexão profunda sobre a evolução do conceito de acesso à justiça e o impacto das inovações tecnológicas no sistema jurídico. O objetivo principal é analisar como essas inovações estão moldando a acessibilidade e a eficiência da justiça, com destaque para os contextos do Brasil e da União Europeia.

Este artigo está dividido em três partes principais.

A primeira parte traça um panorama histórico do acesso à justiça, abordando as três ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Essas ondas oferecem uma base sólida para compreender como o conceito de acesso à justiça se desenvolveu ao longo do tempo, enfrentando desafios econômicos, sociais e jurídicos.

Na segunda parte, exploram-se as novas ondas de acesso à justiça, com um foco especial na sétima onda, que trata das inovações tecnológicas. Analisamos o impacto dessas tecnologias no campo jurídico, destacando iniciativas no Brasil, como o programa Justiça 4.0 do Conselho Nacional de Justiça, e na União Europeia, com as diretrizes da Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ). Essas inovações representam um avanço significativo na modernização do judiciário, promovendo uma maior celeridade, transparência e eficiência.

Por fim, a terceira parte deste estudo é reservada para a discussão sobre os desafios e oportunidades trazidos pela digitalização e pela inteligência artificial no sistema judiciário. Avaliamos como essas tecnologias podem melhorar a eficiência e a acessibilidade dos sistemas de justiça, além de promover uma justiça mais justa e equitativa. Espera-se, ao final, demonstrar que as inovações tecnológicas, embora não substituam a força normativa das leis tradicionais, podem servir como ferramentas poderosas para a defesa dos direitos humanos e para a promoção de um acesso à justiça mais efetivo.

As considerações finais sintetizam a ideia central do artigo, destacando os principais pontos abordados e sugerindo direções para futuras pesquisas.

Em relação à metodologia, utilizou-se o método dedutivo na fase de investigação e o método cartesiano no tratamento dos dados. A descrição dos resultados seguiu a lógica dedutiva, e todas as fases da pesquisa foram auxiliadas pelas técnicas de referência, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica.

1 DEFINIÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA – COMPLEXIDADE E MULTIFACETAMENTO DO CONCEITO

O conceito de acesso à justiça é fundamental para a garantia dos direitos humanos e da cidadania. Sua definição é complexa e multifacetada, sendo "reconhecidamente de difícil definição" [2]. Flavio Galdino, por exemplo, identificou mais de 14 nomenclaturas diferentes relacionadas a essa mesma expressão na doutrina[3].

Bruno Salles descreve essa complexidade ao qualificar o acesso à justiça como uma daquelas "expressões caleidoscópicas"[4], destacando que ao longo do tempo, desde suas remotas origens históricas (podendo ser observado desde o Código de Hamurabi, na passagem bíblica de Deuteronômio e na magna Carta Inglesa de 1215)[5], até o conceito contemporâneo, a expressão passou por diversas transformações, evidenciando a amplitude de sua definição. Isso se deve ao fato de que "o sentido das palavras e dos termos se encontra envolto em culturas e altera-se constantemente, a história dos conceitos mostra como uma determinada palavra vem sendo associada a diferentes sentidos ao longo da história."[6]

---

[2] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p.08.

[3] [...] princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio da universalidade da jurisdição, princípio da indeclinabilidade da jurisdição, princípio da ubiquidade da jurisdição, princípio do acesso à justiça, princípio da acessibilidade ampla, princípio do livre acesso à jurisdição estatal, regra da plenitude do acesso à jurisdição, direito constitucional à jurisdição, princípio da proteção judiciária, princípio da irrecusabilidade da jurisdição, princípio da irrecusabilidade da função jurisdicional, princípio da plenitude da função judicante do Estado e princípio da utilidade da jurisdição) GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça**. Revista Autônoma de Processo**, Curitiba, nº 3, p. 65-66, abr./jun. 2007.

[4] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019. Tese de Doutorado. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Em dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia–UNIPG.

[5] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019. Tese de Doutorado. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica. Em dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia–UNIPG, p. 24/26.

[6] CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; ALVES, Adamo Dias. As origens do poder moderador na Constituição Imperial de 1824: Um exemplo de disputa teórica e conceitual segundo a história dos conceitos. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.) **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p.163-190, p165)

Não é por outra razão que Mauro Cappelletti e Bryant Garth concluíram que o acesso à justiça é um instituto dinâmico em constante construção e transformação[7]. Baseando-se em seus estudos, pode-se afirmar que:

> A expressão "acesso à Justiça" [...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.[8]

Portanto, o conceito de acesso à justiça abrange tanto um sentido de inafastabilidade da jurisdição[9] quanto a busca por uma à ordem jurídica justa. Nas palavras de Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin:

> [....] Em sentido restrito, refere-se apenas à acesso à tutela jurisdicional, ou seja, à composição de litígios pela via judicial. Insere-se e opera, por princípio, no universo do processo. Já em sentido mais amplo, embora ainda insuficiente, quer significar acesso à tutela de direitos ou interesses violados, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. Num e noutro caso, os instrumentos de acesso à justiça podem ter natureza preventiva, regressiva ou reparatória. Finalmente, numa acepção integral, é acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa(...) (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos(...) e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas adiante analisadas; é nessa última acepção dilatada que acesso à justiça significa acesso ao poder(...).[82]

Assim, para que ocorra o acesso à justiça é fundamental que a solução da divergência seja adequada, tempestiva e eficiente ao se dirigir ao Poder

---

[7] O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. […] A justiça, […] no sistema *laissez-faire,* só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos […]. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9).

[8] CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 8.

[9] Etimologicamente, a palavra jurisdição advém do latim *ius*, que significa direito, e *dicere*, querendo designar dicção do direito (ALVIM, Carreira José Eduardo. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 55.

Judiciário. Isso implica o reconhecimento do direito à proteção jurisdicional adequada e efetiva, onde os mecanismos processuais adequados representam meio caminho andado para a efetividade. A luta pela efetividade da prestação jurisdicional enfrenta desafios na própria evolução da sociedade democrática, especialmente diante da crescente mobilidade de pessoas, capitais e serviços.

Nesse contexto, é imperativo assegurar a concretização e expansão dos direitos fundamentais, com destaque para o acesso à justiça e à justa e efetiva prestação jurisdicional.

2 ACESSO À JUSTIÇA - APONTAMENTOS SOBRE AS TRÊS ONDAS RENOVATÓRIAS ESTUDADAS POR MAURO CAPPELLETTI E BRYANT GARTH E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O acesso à justiça no Brasil é garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

No entanto, esse dispositivo não deve se limitar apenas ao acesso ao sistema judicial estatal, mas deve garantir um efetivo acesso à ordem jurídica justa, o que significa a prestação jurisdicional efetiva, adequada, tempestiva e justa. Isso reclama, sem dúvida, um interesse do Estado no resultado do processo como instrumento para proporcionar uma entrega justa e efetiva da tutela jurisdicional.

Rui Barbosa enfatizou que:

> Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e assim as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente[10].

José Roberto dos Santos Bedaque também ressalta a importância da efetividade do processo como um direito fundamental:

> […] entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado

[10] BARBOSA, Rui. **Rui Barbosa: escritos e discursos seletivos**. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

> direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor do seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea[11].

No entanto, este direito por vezes é mitigado por barreiras processuais e econômicas, levando a processos longos e tediosos que não são efetivos, gerando insegurança e injustiça, conforme ilustrado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth[12]. Os autores identificaram um conjunto de fenômenos que eles denominaram como as três ondas renovatórias de acesso à justiça:

> O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente enfoque de acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo[13].

Neste trabalho, não nos deteremos na análise detalhada das ondas de reformas propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, mas tomaremos essas bases para analisar o impacto que tiveram no movimento de acesso à justiça no Brasil.

A primeira onda, que se concentra na assistência judiciária, visando garantir que pessoas economicamente desfavorecidas tenham a capacidade de acessar o sistema legal. O objetivo é superar obstáculos econômicos, bem como barreiras linguísticas e culturais que possam impedir o acesso efetivo à justiça[14].

---

[11] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Saraiva, 2003. BEDAQUE, 2003, p. 341.

[12] Mauro Cappelletti e Bryant G. Garth, "Relatório Geral", **Acesso à Justiça**, Vol. I., Livro 1, op. cit. Pág. 7.

[13] CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. **Acesso à Justiça**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 12.

[14] O fenômeno da pobreza não - e com isto não quero dizer a pobreza econômica, como também, por exemplo, a pobreza linguística e cultural, sempre que represente um obstáculo para efetiva - ao invés de ser a consequência de um infortúnio do qual a lei não pode assumir

No Brasil, essa preocupação está refletida na Lei nº 1.060, de 1950, conhecida como a Lei da Assistência Judiciária Gratuita, e na Constituição de 1988, que assegura, no inciso LXXIV do artigo 5º[15], que o Estado fornecerá assistência jurídica integral e gratuita para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Além das custas processuais, é necessário abranger o custo relativo à representação adequada e eficaz de interesses, mesmo na fase prévia de construção do conflito. Assim, para abarcar essa necessidade de representação adequada foi criado no Brasil pelo artigo 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública[16].

Referente à segunda fase do acesso à justiça proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o foco se desloca da assistência judiciária para a proteção de interesses transindividuais, ou seja, interesses que transcendem o âmbito individual e afetam grupos, categorias ou a sociedade como um todo, que se manifesta por meio de ações coletivas. Essa mudança de foco se deve à percepção de que os sistemas de justiça tradicionais não eram adequados para lidar com esse tipo de questão[17].

A segunda onda de reformas tem como objetivos consolidar meios que permitam a efetivação dos direitos sociais e difusos, resultantes de lutas políticas, sociais, econômicas e culturais. Para Marcos Martins Oliveira, a segunda onda de reforma representou uma reflexão sobre noções tradicionais do processo civil e o papel dos tribunais, visto que não contemplavam a proteção de interesses transindividuais[18].

Nesse contexto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam que:

> Somente rompendo com a tradicional postura individualista do processo civil é que se pode obter resultados capazes de tornar

---

nenhuma responsabilidade, deve tornar-se relevante tanto legal como processualmente. CAPPELLETTI, Mauro. Social and Political Aspects of Civil Procedure ñ Reforms and Trends in Western and Europeîa In **Michigan Law Review**, v.69, n.5, pp.847- 886, Abril, 1971, p. 872

[15] Art. 5°. 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 seguintes termos: [...] LXXIV O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos.

[16] A organização da Defensoria Pública na União, no Distrito Federal e nos Estados é detalhada na Lei Complementar n° 80, de 1994.

[17] CAPPELLETTI, Mauro. **La protecciun de los interesses colectivos o difusos**. In XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Ciudad del México: UNAM, 1993, p. 245. Tradução livre da autora.

[18] OLIVEIRA, Marcos Martins. **Elementos internacionais para um modelo global de assistência jurídica**. Nova York: Lawinter editions, 2022. *p.19-20*.

> efetiva a percepção daqueles benefícios. O indivíduo, isolado, jamais estará em condições de obter uma tutela eficaz.[19]

Isso se deve ao fato de que tradicionalmente:

> O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes de legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. [20]

Em resposta a essa limitação, à segunda onda de reformas, proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, buscou proteger os interesses difusos e coletivos. Os sistemas normativos contemporâneos passaram a reinventar as estruturas da condição, legitimidade do direito de ação, permitindo a expansão da representação processual coletiva e difusa.

No contexto brasileiro, essa onda de reformas levou à promulgação de leis e normas que ampliaram a legitimidade para ações coletivas. A Lei da Ação Civil Pública, de 1985, desempenhou um papel fundamental, pois legitimou expressamente o Ministério Público (MP), outros órgãos públicos e associações que tivessem pelo menos um ano de existência e cujos objetivos institucionais incluíssem a defesa dos bens e direitos protegidos por essa lei[21].

A Constituição de 1988 ampliou ainda mais o leque de ações coletivas, acrescentando a legitimidade dos partidos políticos e eliminando a necessidade de intervenção do Ministério Público nas ações coletivas de mandado de segurança.

O Código de Defesa do Consumidor também preservou esse esquema, permitindo que entidades públicas, mesmo que despersonalizadas, fossem legitimadas para proteger os bens em questão.

No geral, esse movimento de proteção dos interesses difusos e coletivos no Brasil representou uma resposta à necessidade de adaptar o sistema jurídico para lidar com questões que transcendem o âmbito individual e afetam

---

[19] CAPPELLETTI, Mauro. **La protecciun de los interesses colectivos os difusos**. In XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Ciudad del MÈxico: UNAM, 1993, p. 245. Tradução livre da autora, p. 246.

[20] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant**. Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 31. p. 50.

21 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O acesso à justiça no ano 2000**. In MARINONI, Luiz Guilherme (org.). O Processo Civil Contemporâneo. Curitiba: Juru, 1994, p. 35.

a sociedade como um todo. Isso proporciona uma ferramenta legal mais eficaz para a defesa dos direitos e interesses coletivos em um mundo cada vez mais complexo e interconectado.

A terceira onda de reformas no sistema de justiça não se limita apenas à advocacia judicial ou extrajudicial, exercida tanto por advogados particulares quanto por advogados públicos, mas vai muito além dessas práticas tradicionais. Esta onda de inovação inclui a participação de indivíduos leigos ou paraprofissionais, atuando como juízes e defensores, além de promover alterações no direito substantivo com o objetivo de prevenir disputas ou simplificar sua resolução. A implementação de mecanismos privados ou informais para a resolução de conflitos representa uma mudança radical e abrangente, que transcende significativamente a esfera da representação judicial convencional. Além disso, essa abordagem inovadora reconhece a importância de alinhar e ajustar o processo civil de acordo com a natureza específica de cada litígio, garantindo uma maior eficiência e justiça na resolução dos conflitos[22].

Um importante exemplo desta última onda, no Brasil, é a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estaduais (Lei 9.099/95) e federais (Lei 10.259/01), bem como Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/2009)

Essas reformas implementadas no Brasil visam tornar o sistema de justiça mais acessível e eficiente, especialmente para os cidadãos. Elas refletem a evolução do pensamento sobre como garantir o acesso à justiça de forma mais abrangente e eficaz.

Como visto, para superar a pobreza implementou-se a assistência judiciária gratuita e as defensorias públicas, em segundo lugar, para se superar reivindicações massivas implementou-se as ações coletivas e em terceiro lugar, para facilitar o acesso a uma proteção eficaz implementou-se de mecanismos de resolução alternativa de conflitos.

3 NOVAS ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA – DESAFIOS E ADAPTAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

[22] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Nothfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 67/71.

Desde os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a sociedade passou e vem passando por transformações significativas, com inúmeros avanços nas esferas social, política e econômica, impactando diretamente no campo jurídico.

Tanto é assim que, no final dos anos 80 e início dos anos 90, surgiu uma ideia de reformulação do acesso à justiça, impulsionada pelos estudos de Kim Economides[23]. Isso levou ao debate sobre a existência de uma quarta onda renovatória de acesso à justiça[24] e até mesmo uma quinta onda[25].

Além disso, a sociedade, a partir de 2010, entrou um novo ciclo desenvolvimentos, que vem sendo denominada de Quarta Revolução Industrial ou Indústria 4.0[26]. Esse período é marcado pela convergência de tecnologias como a inteligência artificial e a internet, trazendo consigo novos desafios e oportunidades para o acesso à justiça.

Diante desse novo momento, surgiu o projeto *Global Access to Justice,* iniciado em 2019 por Bryant Garth[27]. Esse projeto estuda o progresso desde o

---

[23] ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do "movimento de acesso à justiça": epistemologia versus metodologia**? In: PANDOLFI, Dulce Chaves, et al. (Orgs). Cidadania, justiça e violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 64. Disponível em: https://dokumen.pub/lendo-as-ondas-do-quotmovimento-de-acesso-a-justiaquot-epistemologia-vs-metodologia.html. Acesso 24 jun 2024.

[24] O qual discorre que a quarta onda de acesso à justiça corresponderia aos meios adequados e consensuais de resolução de conflitos, ideias, ideais e princípios. (RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri**. Manual do defensor público. Teoria e prática**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 414-415).

[25] A quinta onda de acesso à justiça foi, também, incentivada pela legitimação dos tribunais no âmbito internacional no que concerne o conhecimento do jurisdicionado em reivindicar sua salvaguarda e tutela, levando em consideração sua existência humana, possibilitando-o de reclamar contra o próprio Estado, ensejando ao cidadão uma proteção ampla de seus direitos e interesses. (ASSIS, Victor Hugo Siqueira de. Defensoria Pública: histórico, afirmação e novas perspectivas. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 12, 2019, p.190).

[26] "Foi Klaus Schwab, um dos fundadores do Fórum Econômico Mundial, o primeiro a defender a ideia de que, a partir de 2010, se iniciou a Quarta Revolução Industrial. Para o autor, a atual fase é marcada pela fusão de diversas tecnologias que estão integrando as esferas física, digital e biológica. Para ele, as mudanças ocorridas a partir da segunda década deste milênio são tão profundas que justificam o termo Quarta Revolução Industrial." JUNIOR, Jair Messias Ferreira. Quarta Revolução Industrial. **Brasil Escola**. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historiag/quarta-revolucao-industrial.htm. Acesso em: 4 jun. 2024. Veja mais sobre Quarta Revolução Industrial em: https://brasilescola.uol.com.br/historiag/quarta-revolucao-industrial.htm.

[27] O projeto se autodefine como: "Acesso à Justiça *Uma Nova Pesquisa Global* Por intermédio da colaboração dos maiores especialistas do planeta, representando diversas culturas, disciplinas e nações, o Global Access to Justice Project está reunindo as mais recentes informações sobre os principais sistemas de justiça do mundo, analisando as barreiras econômicas, sociais, culturais e psicológicas que impedem ou inibem muitos, e não apenas os mais pobres, de acessarem e fazerem uso do sistema de justiça. E devido à sua abordagem

estudo anterior, catalogando dados mundiais de avanços e retrocessos. Ele também explora novas ondas renovatórias à luz dos avanços tecnológicos e sociais, como a sexta e a sétima ondas[28], que incluem a utilização de tecnologias emergentes e o reconhecimento de novas dimensões de desigualdade dentro dos sistemas de justiça.

Indiscutivelmente, a sociedade contemporânea encontra-se em um intenso processo de mudança, progresso e ruptura, marcado pela integração de novas tecnologias. As relações sociais e os eventos estão em constante transformação, refletindo a chamada "modernidade líquida", conceito desenvolvido por Zygmunt Bauman[29].

Fica claro perceber que estamos vivenciando uma transição acelerada da sociedade industrial, marcada pela centralidade da produção em massa e das indústrias tradicionais, “para a sociedade da comunicação e da informação”[30], que tem como alicerces as tecnologias avançadas, como a inteligência artificial, a robótica e a análise de dados, que alteram profundamente as dinâmicas sociais, políticas, econômicas e jurídicas.

Nesse contexto, é fundamental compreender e encontrar mecanismos adequados de regulação e resolução de disputas relacionadas aos novos direitos fundamentais das sociedades contemporâneas. O direito não pode ficar alheio a essas mudanças; ao contrário, deve evoluir para encontrar novas

---

epistemológica multidimensional única e ao amplo alcance geográfico, o projeto possui a ambição de se tornar a pesquisa mais abrangente já realizada sobre o acesso à justiça. GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Acesso à Justiça – Uma Nova Pesquisa Global. Disponível em: https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br. Acesso em: 4 jun. 2024.

[28] GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Panorama Estrutural do Livro. 2021**. Disponível em: http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br. Acesso em: 04 jun. 2024.

[29] "Os tempos são 'líquidos' porque tudo muda tão rapidamente. Nada é feito para durar, para ser 'sólido'. "BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

[30] A sociedade da comunicação –que também é da informação– inaugura formas do conceber, do pensar, do fazer, do projetar e do interagir. Estas formas se originam na sociedade industrial, que lhes deu origem, e a ela se sobrepõem. É por esta razão que a transição da sociedade do trabalho para a sociedade da comunicação deve ser observada no âmbito de um processo analítico que compreende, simultaneamente, as formas do passado e do presente, tensamente constitutivas de uma totalidade ainda em processo de configuração. (EGLE, Tamara Tania Cohen. Refletindo a transição da sociedade industrial para a sociedade da comunicação. In: **El rostro urbano de América Latina.** Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004, p. 306. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100930021818/14p6art1.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

formas de solução, proporcionando uma resposta efetiva e justa aos litigantes, como já descrito nos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Até porque, "a preocupação fundamental é cada vez mais, com a "justiça social", isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas".[31]

Nesse contexto, é missão do Estado apresentar um sistema que melhore as oportunidades de acesso à justiça, garantindo que o acesso seja justo e efetivo. Isso inclui formas que facilitem o acesso dos cidadãos à justiça e proporcionem uma proteção judicial mínima eficaz.

Se estamos diante de uma nova revolução industrial, na qual o avanço tecnológico trouxe novos elementos à sociedade, que afetaram a dinâmica da própria sociedade é necessário considerar o impacto disso no acesso à justiça.

Um exemplo desse avanço, é a internet, que, segundo Geovana Maria Cartaxo de Arruda Feire e Tainah Simões Sales[32], potencializou o acesso à educação e às informações, bem como as comunicações entre as pessoas, de tal forma que ampliou o exercício da cidadania. Deste modo, é uma ferramenta potencializadora dos exercícios da cidadania, sendo possível deduzir que o acesso à justiça também foi ampliado.

E nem só a internet, mais outros os instrumentos tecnológicos têm se apresentado cada vez mais como aliados ao fortalecimento da justiça, na medida em que adotam procedimentos padronizados e automatizados, inteligência artificial (IA), algoritmos, simulações neurais, dentre outras infinitas soluções que estruturam uma Justiça Codificada.[43]

Não restam dúvidas, que a integração de tecnologias digitais, inteligência artificial e soluções automatizadas representa uma evolução significativa, sendo que elas devem ser vistas como aliadas no fortalecimento da justiça social e na mitigação das desigualdades dentro dos sistemas de justiça.

O papel do Estado é crucial nessa transição, sendo responsável por implementar políticas e estruturas que assegurem um acesso equitativo e

---

[31] CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**, p. 8. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. 2002, p.93

[32] FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda. SALES, Tainah Simões. A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático. In: **Encontro Nacional do CONPEDI**, 20, 2011, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte, 2011, p. 4433-4445

efetivo à justiça. Apenas assim será possível garantir que, em meio às mudanças tecnológicas e sociais, os direitos fundamentais sejam protegidos e promovidos de maneira justa e eficiente.

Neste cenário de mudanças constantes, a busca por um sistema jurídico adaptável e inclusivo é imperativa. Somente através da contínua renovação e adaptação, o direito poderá acompanhar as transformações da sociedade contemporânea, garantindo que a justiça seja verdadeiramente acessível a todos.

3.1 Inovações tecnológicas no âmbito jurídico - Reflexos no Brasil e na União Europeia

No Brasil, o programa Justiça 4.0 do Conselho Nacional de Justiça[33] visa modernizar o sistema judiciário, promovendo um acesso mais rápido e eficiente. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem editado normas no intuito de padronizar o uso da tecnologia no âmbito judicial, reforçando o compromisso com a governança digital ao instituir metas nacionais de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional visando a oferta de um serviço mais célere, eficiente e de qualidade, em observância à Agenda 2030 de Direitos Humanos[34], aprovada em Assembleia Geral das Nações Unidas (2018), nos termos da Resolução A/RES/72/279 do Poder Judiciário

Entre as diversas normatizações, destacam-se Resolução nº 332/2020[35] e a Portaria nº 271/2020[36], que regulamentam o uso da inteligência artificial (IA) no âmbito do Poder Judiciário. Essas normativas abordam aspectos cruciais como ética, transparência, governança na produção e uso da tecnologia,

[33] O Programa Justiça 4.0 é desenvolvido em parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com apoio do Conselho da Justiça Federal (CJF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

[34] Nesse sentido, é o objetivo 16 da agenda: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

[35] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 23 jun. 2024.

[36] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613. Acesso em: 23 jun. 2024.

segurança e responsabilização dos responsáveis pela criação de sistemas de IA.

Esse conjunto normativo é especialmente relevante diante do intenso desenvolvimento tecnológico nos tribunais brasileiros, exemplificado por ferramentas como Victor[37] do Supremo Tribunal Federal; Athos[38] do Superior Tribunal de Justiça, entre outras, nos tribunais estaduais[39]. Essas ferramentas representam um passo significativo na modernização do Judiciário brasileiro, permitindo maior agilidade na tramitação dos processos e na tomada de decisões. A adoção de inteligência artificial e outras tecnologias visa não apenas reduzir o acúmulo de processos, mas também garantir maior transparência e eficiência na justiça.

Da mesma forma que no Brasil, a implementação de inteligência artificial (IA) no sistema judiciário da União Europeia tem sido uma prioridade para aumentar a eficiência e a qualidade da justiça. A Comissão Europeia para a Eficiência da Justiça (CEPEJ) desenvolveu uma série de iniciativas para promover o uso responsável e ético da IA nos sistemas judiciais[40]. Entre as iniciativas, destaca-se a adoção da Carta Ética Europeia sobre o Uso da IA no Sistema Judiciário, que estabelece princípios éticos para orientar legisladores e profissionais da justiça no desenvolvimento e implementação de ferramentas de IA. Esses princípios incluem o respeito pelos direitos fundamentais, a não

---

[37] Desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), o Projeto Victor utiliza inteligência artificial para separar e classificar peças processuais e identificar temas de repercussão geral. Essa ferramenta visa reduzir o tempo de processamento dos recursos extraordinários e aumentar a eficiência no STF, passando de 30 minutos para apenas 5 minutos em algumas tarefas. (AZEVEDO, Bernardo. **Conheça VICTOR, o sistema de inteligência artificial do STF**. Disponível em: https://bernardodeazevedo.com/conteudos/conheca-victor-o-sistema-de-inteligencia-artificial-do-stf/. Acesso em: 18 jun. 2024.)

[38] Athos foi apresentado em 2019 e é uma solução de inteligência artificial que opera principalmente no Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e Ações Coletivas (NUGEPNAC) do STJ. Athos monitora e agrupa processos, contribuindo para a criação de novos temas repetitivos, facilitando a gestão e a análise de grandes volumes de dados processuais. A ferramenta utiliza técnicas de *Business Intelligence* (BI) para analisar dados estratégicos e indicadores, o que torna o gerenciamento de precedentes mais eficiente e sistemático. (Ler FIGUEIREDO, Guilherme Silva. **Projeto Athos: o Superior Tribunal de Justiça inserido na era da inteligência artificial.** eBook Kindle. Brasília: STJ, 2023,)

[39] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. No Painel de Projetos de IA no Poder Judiciário, pode ser ter acesso a lista de projetos. Disponível em: bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/handle/123456789/858. Acesso em: 21 jun. 2024.

[40] Conselho da Europa. Informações coletadas do site Council of Europe. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/cepej/artificial-intelligence-in-justice-systems. Acesso em: 23 jun. 2024.

discriminação, a qualidade e segurança, a transparência, a imparcialidade e justiça, e o controle pelo usuário.

A Comissão Europeia propôs um pacote de medidas para digitalizar a justiça, incluindo a criação de sistemas de comunicação eletrônica segura para processos judiciais transfronteiriços, como o e-CODEX. Esta iniciativa visa facilitar o acesso à justiça, melhorar a eficiência dos sistemas judiciais e assegurar a resiliência em tempos de crise, como a pandemia de COVID-19.[41]

A digitalização e o uso de inteligência artificial (IA) facilitam a cooperação entre os sistemas judiciais dos estados membros da União Europeia (EU). Ferramentas como o e-CODEX permitem a troca segura e eficiente de documentos e provas entre autoridades judiciais em diferentes países, melhorando a eficácia das operações judiciais transfronteiriças.[42]

O futuro da justiça em um mundo cada vez mais digital é promissor, mas exige uma abordagem cuidadosa e ponderada. O uso de inteligência artificial (IA) e outras tecnologias deve ser acompanhado por um sólido marco regulatório que assegure a ética, a transparência e a responsabilização. Os profissionais do direito[43] precisam ser capacitados para lidar com essas novas ferramentas, garantindo que a tecnologia seja utilizada de forma eficaz e justa.

Além disso, é necessário um debate contínuo sobre as implicações sociais e éticas do uso da tecnologia no judiciário. A inclusão digital e a acessibilidade devem ser prioridades, garantindo que todos os cidadãos, independentemente de sua situação econômica ou social, tenham acesso igualitário à justiça.

---

[41] Comissão Europeia. Informações disponíveis em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice/communication-digitalisation-justice-european-union-and-proposal-e-codex-regulation_en. Acesso em: 23 jun. 2024.

[42] Comissão Europeia. Informações disponíveis em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice/communication-digitalisation-justice-european-union-and-proposal-e-codex-regulation_en. Acesso em: 23 jun. 2024.

[43] Interessante obra sobre como a tecnologia está transformando a prática do direito e o futuro da profissão de advogado é o “Advogado do Amanhã”, de Richard Susskind. Esse autor destaca que a profissão jurídica deve evoluir para se alinhar com as mudanças tecnológicas e sociais, e aqueles que se adaptarem serão mais bem-sucedidos. (SUSSKIND, Richard. **Advogados do amanhã**: uma introdução ao seu futuro. 3. ed. Florianópolis: Emais Editora, 2023. 270 p. Tradução: Valéria de Sousa Pinto. ISBN**:** 978-65-85073-54-7).

A integração da tecnologia ao sistema judiciário[44] tem o potencial de transformar profundamente a forma como a justiça é administrada e percebida. No entanto, é crucial que essa transformação seja guiada por princípios éticos sólidos e uma visão clara de justiça e equidade, para que os benefícios da inovação tecnológica possam ser plenamente realizados em benefício de toda a sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, exploramos a evolução histórica do conceito de acesso à justiça e as diferentes ondas renovatórias que marcaram sua trajetória. Identificamos que as inovações tecnológicas desempenham um papel crucial na modernização do sistema judiciário, contribuindo para um acesso mais eficiente, transparente e justo.

A análise das três ondas de reformas propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth revelou que cada uma delas abordou barreiras específicas ao acesso à justiça, desde a assistência judiciária para os economicamente desfavorecidos até a proteção de interesses transindividuais e a implementação de mecanismos privados e informais para resolução de conflitos. Essas ondas de reformas tiveram impactos significativos no sistema jurídico brasileiro, refletidos na criação de defensores públicos, ações coletivas e juizados especiais.

Com a chegada da quarta revolução industrial e a integração de tecnologias como a inteligência artificial e a internet das coisas, novas oportunidades e desafios emergem. No Brasil, o programa Justiça 4.0 e iniciativas similares na União Europeia demonstram um compromisso crescente com a governança digital e a eficiência judiciária. Ferramentas como Victor, Sócrates e Athos ilustram como a tecnologia pode agilizar a tramitação de processos e melhorar a tomada de decisões, reduzindo o acúmulo de processos e garantindo maior transparência.

---

[44] Sobre esse ponto, recomenda a leitura de MENDES, Alexandre José**. A qualidade da decisão com o apoio de modelos de inteligência artificial no sistema de precedentes brasileir**o. 2021. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Social) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021. Orientadora: Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa. Área de Concentração: Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

É evidente que a tecnologia, embora não substitua a força normativa das leis tradicionais, pode servir como uma poderosa aliada na promoção de um acesso à justiça mais efetivo. No entanto, é essencial que a implementação dessas tecnologias seja acompanhada por um sólido marco regulatório que assegure a ética, a transparência e a responsabilização.

Por fim, destacamos que o futuro da justiça em um mundo digital depende da integração de todos os atores – entes públicos, privados e a sociedade civil – em um esforço conjunto para modernizar o sistema judiciário. Somente através dessa colaboração e da contínua adaptação às transformações tecnológicas e sociais será possível garantir um acesso à justiça verdadeiramente equitativo e eficiente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Carreira José Eduardo. **Teoria geral do processo.** 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AZEVEDO, Bernardo. **Conheça VICTOR, o sistema de inteligência artificial do STF**. Disponível em: https://bernardodeazevedo.com/conteudos/conheca-victor-o-sistema-de-inteligencia-artificial-do-stf/. Acesso em: 18 jun. 2024.

BARBOSA, Rui. **Rui Barbosa: escritos e discursos seletivos**. 1. ed. 3. reimp. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613. Acesso em: 23 jun. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. No Painel de Projetos de IA no Poder Judiciário. Disponível em: bibliotecadigital.cnj.jus.br/xmlui/handle/123456789/858. Acesso em: 21 jun. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reforms and Trends in Western and Europe.** Michigan Law Review, v.69, n.5, pp. 847-886, Abr. 1971.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; ALVES, Adamo Dias. As origens do poder moderador na Constituição Imperial de 1824: Um exemplo de disputa teórica e conceitual segundo a história dos conceitos. In. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.) **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p.163-190.

CONSELHO DA EUROPA. Informações coletadas do site Council of Europe. Disponível em: https://www.coe.int/en/web/cepej/artificial-intelligence-in-justice-systems. Acesso em: 23 jun. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. Informações disponíveis em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/digitalisation-justice/communication-digitalisation-justice-european-union-and-proposal-e-codex-regulation_en. Acesso em: 23 jun. 2024.

EGLE, Tamara Tania Cohen. Refletindo a transição da sociedade industrial para a sociedade da comunicação. In: **El rostro urbano de América Latina.** Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004, p. 306. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100930021818/14p6art1.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

FIGUEIREDO, Guilherme Silva. **Projeto Athos:** o Superior Tribunal de Justiça inserido na era da inteligência artificial. Editora Dialética, 2022. ISBN: 9786525254661.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; SALES, Tainah Simões. A inclusão digital como direito fundamental e instrumento para concretização do exercício democrático. In: **Encontro Nacional do CONPEDI**, 20, 2011, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte, 2011. p. 4433-4445.

GALDINO, Flavio. **A evolução das ideias de acesso à justiça**. Revista Autônoma de Processo, Curitiba, n. 3, p. 65-66, abr./jun. 2007.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Acesso à Justiça – Uma Nova Pesquisa Global**. Disponível em: https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br. Acesso em: 29 dez. 2022.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. Panorama Estrutural do Livro. 2021. Disponível em: http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br. Acesso em: 4 jun. 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **O Processo Civil Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

JUNIOR, Jair Messias Ferreira. **Quarta Revolução Industrial**. Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/historiag/quarta-revolucao-industrial.htm. Acesso em: 4 jun. 2024.

MENDES, Alexandre José. **A qualidade da decisão com o apoio de modelos de inteligência artificial no sistema de precedentes brasileiro**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Social) – Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021. Orientadora: Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa. Área de Concentração: Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e Direitos Humanos.

NUNES, Dierle; BRAGANÇA, Fernanda; BRAGA, Renata. Ética e IA no Poder Judiciário. Conjur, 21 ago. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/opiniao-etica-inteligencia-artificial-poder-judiciario.

OLIVEIRA, Marcos Martins. **Elementos internacionais para um modelo global de assistência jurídica.** Nova York: Lawinter editions, 2022.

OTTOBONI, Maria Fernanda Stocco; NUNES, Juliana Raquel. O acesso à justiça sob a perspectiva da sexta onda renovatória e o uso da tecnologia. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**| e-ISSN: 2526-026X| Encontro Virtual | v. 9 | n. 1 | p. 14–35 | Jan/Jul. 2023.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: Intercâmbios entre civil law e common law**. 2019. Tese de Doutorado. Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí–UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

SALLES, Bruno Makowiecky **Jurisdição e Inteligência Artificial.** Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.2, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Inteligência Artificial: Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: FGV, 2021. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf. Acesso em: 14 jun. 2024.

SUSSKIND, Richard. **Advogados do amanhã**: uma introdução ao seu futuro. 3. ed. Florianópolis: Emais Editora, 2023. 270 p. Tradução: Valéria de Sousa Pinto. **ISBN:** 978-65-85073-54-7.

A EVOLUÇÃO DAS FONTES DO DIREITO E A SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTEMPORANEIDADE

THE EVOLUTION OF THE SOURCES OF LAW AND LEGAL SECURITY IN CONTEMPORARY TIMES

Marco Aurélio Ghisi Machado[1]
Gilson Jacobsen

Resumo: Este artigo analisa a evolução das fontes do direito e sua conexão com a segurança jurídica no contexto contemporâneo. Parte da tradição do Direito Natural, percorre o Positivismo Jurídico e culmina no Pós-Positivismo e na internormatividade, especialmente no âmbito da União Europeia. Argumenta-se que, diante da complexidade crescente das relações sociais, a mera aplicação de normas positivadas mostra-se insuficiente para garantir previsibilidade e justiça. Assim, defende-se a incorporação de valores éticos e princípios morais como elementos estruturantes das decisões judiciais. O estudo conclui que a articulação coerente entre diferentes fontes normativas é essencial para assegurar segurança jurídica em sociedades pluralistas, globalizadas e em constante transformação.

Palavras-chave: fontes do direito; segurança jurídica; direito natural; positivismo jurídico; pós-positivismo; União Europeia; internormatividade.

Abstract: This article examines the evolution of the sources of law and their relationship with legal certainty in contemporary contexts. It begins with Natural Law, explores Legal Positivism, and culminates in Post-Positivism and internormativity, particularly within the European Union. The article argues that, due to the increasing complexity of social relations, the mere application of positive norms is insufficient to ensure both predictability and justice. Therefore, it advocates for the integration of ethical values and moral principles as structural elements of judicial decisions. The study concludes that the coherent articulation of diverse normative sources is essential to uphold legal certainty in pluralistic, globalized, and constantly evolving societies.

Keywords: sources of law; legal certainty; natural law; legal positivismo; post-positivism; European Union; internormativity.

INTRODUÇÃO

A busca pela segurança jurídica é um dos pilares fundamentais para a estabilidade das relações sociais e para a previsibilidade das normas e decisões judiciais. Este artigo explora a evolução das fontes do direito e como elas

[1] Artigo produzido durante o Curso de Pós-Graduação, em nível de Especialização em Ciência Jurídica com Estágio Pós-Doutoral, promovido pela Universidade do Vale do Itajaí, no período de 19 de abril de 2023 a 9 de agosto de 2024.

influenciam a segurança jurídica, partindo do Direito Natural até o Pós-Positivismo e a internormatividade na União Europeia. A segurança jurídica, enquanto princípio essencial, assegura que os indivíduos possam prever as consequências jurídicas de seus atos e confiar na consistência das decisões judiciais.

O conceito de fontes do direito tem evoluído significativamente ao longo dos séculos. Desde a visão tradicional do Direito Natural, onde as normas eram vistas como reflexos da ordem universal e divina, até o Positivismo Jurídico, que enfatiza a criação de normas pelo Estado, o desenvolvimento das fontes do direito reflete a busca por um sistema jurídico que seja ao mesmo tempo justo e eficiente. O Pós-Positivismo, por sua vez, busca integrar valores morais e princípios éticos às normas jurídicas, reconhecendo a complexidade das relações sociais modernas e a necessidade de uma abordagem mais flexível e humanizada.

Este estudo também aborda a internormatividade na União Europeia, onde a coexistência de múltiplas fontes normativas exige uma articulação cuidadosa para garantir a coerência e a eficácia do sistema jurídico europeu. A análise inclui ainda a importância da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) na harmonização das normas e na promoção da integração jurídica entre os Estados-Membros. Em um contexto de globalização e interdependência jurídica, a análise das fontes do direito e sua aplicação prática torna-se cada vez mais relevante para garantir uma justiça equitativa e adaptada às realidades contemporâneas.

A evolução das fontes do direito não é apenas um reflexo da transformação das sociedades ao longo do tempo, mas também uma resposta às necessidades emergentes de segurança jurídica e justiça social. O desenvolvimento do Direito Natural, do Positivismo Jurídico e do Pós-Positivismo demonstra a busca contínua por princípios e normas que possam guiar a conduta humana de maneira justa e eficaz. A integração de valores morais e éticos nas normas jurídicas, como defendido por autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, reflete uma compreensão mais profunda da justiça, que vai além da mera aplicação de regras positivadas.

1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FONTES DO DIREITO:

1.1 Direito natural

As fontes do direito, no contexto do Direito Natural, eram fundamentadas em princípios universais e imutáveis derivados da natureza racional do homem. Essas normas eram vistas como superiores às positivadas e se baseavam em uma moral intrínseca e universal. A fase cosmológica do Direito Natural, baseada na interpretação da ordem natural, influenciou profundamente o pensamento jurídico, com filósofos como Platão e Aristóteles defendendo que as leis deveriam refletir essa ordem natural.

1.1.1 Princípios cosmológicos

Na fase cosmológica, o direito natural é visto como reflexo da ordem natural das coisas. Platão e Aristóteles foram defensores dessa visão, onde as leis deveriam se alinhar com a ordem natural para serem justas e eficazes. Platão, em sua obra "República", destaca que "um homem deve atender a uma coisa só, isto é, aquilo para que a sua natureza está melhor dotada? Pois a justiça é esse princípio, ou pelo menos um aspecto dele. [...] a justiça consiste nisso: em fazer cada qual o que lhe compete"[2].

1.1.2 Princípios teológicos

Durante a fase teológica, o direito natural derivava da vontade divina. A Igreja e seus escritos eram vistos como fontes legítimas das normas jurídicas, com grande influência na Idade Média. Conforme observa-se em Villey, o direito natural, nesta fase, era interpretado como expressão da vontade divina, pois “toda justiça e todo direito residem na lei eterna de Deus: ‘lex vero aeterna este ratio divina vel voluntas dei; ordinem naturalem conservari jubens, perturbari vetans’”[3].

---

[2] PLATÃO. **República**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, pp. 91-92.
[3] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 85.

1.1.3 Princípios antropológicos

Na fase antropológica, o direito natural passa a ser fundamentado na razão humana, com a influência do Iluminismo. A razão se torna a base para a criação e interpretação das normas jurídicas. Como destaca Mascaro, a fase antropológica marca uma transformação:

> Na ideia de um Direito saído da razão, e não da fé nem do costume ou da natureza das coisas – rejeitando com isso desde a tradição aristotélica até o tomismo –, na ideia de uma base individual que é origem e fim desse Direito natural – pois esta é a característica marcante da filosofia política da época, que atendia a dinâmica política e econômica burguesa –, na ideia de que o Direito natural tem caráter universal e eterno, na imperiosidade de sua ordenação posterior pelos Estados racionais.[4]

1.2 Positivismo jurídico

Com a necessidade de uma estrutura jurídica mais formal, surgiu o Positivismo Jurídico, onde as normas jurídicas passaram a ser criadas pelo Estado, desprovidas de valores e questões morais. Hans Kelsen e Herbert Hart são os principais teóricos dessa corrente. Kelsen desenvolveu a ideia de uma norma fundamental pressuposta, enquanto Hart diferenciou entre normas primárias (obrigatórias) e secundárias (reconhecimento da validade das primárias). O Positivismo Jurídico trouxe uma perspectiva científica ao direito, buscando uma separação clara entre direito e moral e enfatizando a importância da estrutura hierárquica das normas.

1.2.1 Hans Kelsen e a norma fundamental

Hans Kelsen, em sua "Teoria Pura do Direito", argumenta que a validade de uma norma jurídica deriva de uma norma fundamental pressuposta. Esta norma fundamental é a base do sistema jurídico, garantindo sua coerência e hierarquia. Kelsen afirma que:

---

[4] MASCARO, Alysson Leandro. Introdução à filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 42-43.

> Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (grundnorm).[5]

1.2.2 Herbert Hart e as normas primárias e secundárias

Herbert Hart, em sua obra "O Conceito de Direito", introduziu a distinção entre normas primárias e secundárias. Normas primárias são aquelas que impõem deveres, enquanto as secundárias são regras de reconhecimento, mudança e adjudicação, que garantem a validade e a aplicação das normas primárias. Hart explica que:

> Enquanto as normas primárias dizem respeito a atos que os indivíduos devem ou não devem praticar, todas as normas secundárias se referem às próprias normas primárias. Especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas.[6]

2 FONTES DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE

2.1 Pós-Positivismo

O Pós-Positivismo surge como uma resposta às limitações do Positivismo Jurídico, integrando valores morais e éticos às normas jurídicas. Este movimento reconhece a insuficiência das normas positivadas para resolver todos os litígios e introduz o conceito de pluralismo jurídico, que admite fontes de direito fora do ordenamento estatal formal. Autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy foram fundamentais para o desenvolvimento do Pós-Positivismo, defendendo que os princípios jurídicos desempenham um papel crucial na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

2.1.1 Integrando valores morais e éticos

---

[5] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217.
[6] HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 122.

O Pós-Positivismo defende a inclusão de valores morais e éticos nas normas jurídicas, argumentando que a justiça das decisões não pode ser alcançada apenas pela aplicação estrita das normas positivadas. Dworkin argumenta que:

> Quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de Direito e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como Regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o Positivismo é um modelo de e para um sistema de Regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o Direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são Regras.[7]

Essa integração de valores morais seria essencial para garantir que as decisões jurídicas reflitam não apenas a letra da lei, mas também os princípios de equidade e justiça inerentes a uma sociedade democrática.

2.1.2 Ronald Dworkin e Robert Alexy

Ronald Dworkin, como acima ficou claro, argumenta que os juízes devem considerar princípios morais ao decidir casos difíceis. Ainda segundo Dworkin, os direitos devem ser interpretados à luz dos princípios de justiça e equidade, não se limitando apenas às regras positivadas. Robert Alexy, em "Teoria dos Direitos Fundamentais", defende que os princípios têm uma dimensão de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível dadas as circunstâncias. Alexy afirma que:

> Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e Regras colidentes.[8]

2.2 Princípios jurídicos e pluralismo

---

[7] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.
[8] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90.

Os princípios jurídicos, além das regras, são reconhecidos como normas jurídicas aplicáveis. O pluralismo jurídico se manifesta na aceitação de fontes diversas, incluindo ordenamentos estrangeiros e normas de caráter moral e ético. A integração desses princípios permite uma maior flexibilidade na interpretação jurídica, permitindo aos juízes adaptarem as normas às demandas sociais contemporâneas e aos desafios éticos emergentes.

2.2.1 A aceitação de ordenamentos diversos

O pluralismo jurídico reconhece a validade de fontes diversas, incluindo normas de diferentes ordenamentos jurídicos, desde que contribuam para uma decisão justa e adequada. Orlando Zanon Jr. reconhece a importância de diversas fontes na formação do direito, e destaca que:

> Em sentido amplo, fontes são todos os elementos que podem ser empregados para a tomada de decisões e, portanto, referido conceito operacional engloba a totalidade do conhecimento já construído ou passível de construção por empreendimento racional.[9]

2.2.2 A flexibilidade da interpretação jurídica

A flexibilidade na interpretação jurídica é essencial para adaptar as normas às realidades sociais e aos valores morais contemporâneos. Princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade são frequentemente utilizados para garantir decisões equitativas. Miguel Reale observa que a interpretação jurídica deve ser flexível e adaptável às mudanças sociais, posto que:

> Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondem àqueles objetivos.[10]

3 INTERNORMATIVIDADE NA UNIÃO EUROPEIA

3.1 Estrutura normativa

---

[9] ZANON JR., Orlando. **Teoria Complexa do Direito**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, 144.
[10] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 285.

A União Europeia apresenta uma estrutura normativa única, exemplificando a internormatividade. As fontes de direito da União Europeia incluem tanto fontes primárias (tratados) quanto derivadas (regulamentos, diretivas e decisões), além da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Esta estrutura permite uma harmonização das normas entre os Estados-Membros, promovendo a integração e a cooperação jurídica em um nível supranacional.

3.1.1 Fontes primárias

As fontes primárias do direito da União Europeia são os tratados constitutivos, como o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Estes tratados estabelecem as bases jurídicas e os princípios fundamentais da União. Conforme destaca Borchardt:

> As primeiras fontes de direito primário são os tratados originários da União Europeia, incluindo os respectivos anexos e protocolos, bem como aditamentos e alterações posteriores. Os tratados originários e os respectivos aditamentos e alterações, sobretudo introduzidos pelos tratados de Maastricht, Amesterdão, Nice e Lisboa, bem como os diferentes tratados de adesão, contêm as normas jurídicas fundamentais relativas aos objectivos, à organização e ao modo de funcionamento da União Europeia, bem como partes do seu direito económico. São, pois as disposições «constitucionais» de enquadramento da União Europeia que proporcionam às instituições da União um quadro para o exercício das suas competências legislativas e administrativas no interesse da União Europeia. Uma vez que se trata de direito criado directamente pelos Estados Membros, ele é designado, em linguagem jurídica, por direito primário da União.[11]

3.1.2 Fontes derivadas

As fontes derivadas, elencadas no art. 288, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, incluem regulamentos, diretivas e decisões. Os regulamentos têm aplicação direta e são obrigatórios em todos os Estados-

[11] BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O abc do direito da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011, p. 87.

Membros, enquanto as diretivas estabelecem objetivos a serem alcançados pelos Estados-Membros, deixando-lhes liberdade quanto aos meios de implementação. A estrutura normativa da União Europeia apresenta-se como uma complexa internormatividade, com Canotilho afirmando que:

> O processo de construção europeia pode e deve estudar-se a partir de uma teoria da interconstitucionalidade. Em vez de lidarmos com os conceitos de "constitucionalismo multilateral" (multilevel constitucionalismo), de "constitucionalismo cooperativo e multidimensional", de "federalismo e confederalismo constitucional", preferimos servir-nos de uma teoria da interconstitucionalidade que, como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.[12]

3.2 Princípios e jurisprudência

Os princípios gerais de direito e a jurisprudência desempenham um papel crucial na aplicação do direito comunitário, suprindo lacunas e assegurando a harmonização das normas dentro da União Europeia. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é especialmente relevante, pois interpreta e aplica o direito comunitário, garantindo sua uniformidade e eficácia.

3.2.1 A importância da jurisprudência do TJUE

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é fundamental para a interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário. O TJUE garante que as normas da União Europeia sejam interpretadas de maneira consistente e eficaz, promovendo a integração jurídica entre os Estados-Membros. Alessandra Silveira ressalta que:

> Cumpre recordar que numa União de direito – como é a União Europeia – não deve haver vazios de jurisdição; e a jurisprudência do TJUE tem sido zelosa na detecção e preenchimento daquelas lacunas, em nome da efectividade do direito da União e da tutela jurisdicional que dele deriva. [...] Desde o acórdão Da Costa de 1963, o TJUE tem afirmado a autoridade do seu precedente judicial (em nome da interpretação e

[12] CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Brancosos" e interconstitucionalidade, itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 265-266.

> aplicação uniforme do direito da União, sob pena de vulnerar-se a igualdade jurídica dos cidadãos), levando às últimas consequências o disposto no actual artigo 19º, nº 1, do TUE, segundo o qual o TJUE "garante o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados".[13]

4 ARTICULAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS:

4.1 Norma jurídica e norma de decisão

A decisão judicial, vista como a interpretação das fontes do direito, deve buscar a organização social e a solução de casos concretos litigiosos ou de pretensão de direitos apresentados ao Estado-juiz. O processo decisório inclui tanto a aplicação de normas positivadas quanto a consideração de princípios e valores morais. A articulação dessas fontes permite uma abordagem mais holística e contextualizada, garantindo que as decisões judiciais sejam tanto juridicamente corretas quanto moralmente justificáveis.

4.1.1 O silogismo lógico-dedutivo

Tradicionalmente, a decisão judicial é vista como um silogismo lógico-dedutivo, onde a premissa maior é a norma geral e a premissa menor são os fatos do caso concreto. A conclusão é a aplicação da norma aos fatos, resultando na decisão judicial. Sobre o silogismo Ferraz Jr. explica que:

> Por consequência, a aplicação da lei – por presunção, conjunto de normas gerais – seria um caso de exercício da faculdade de julgar, em que o caso particular seria o dado a ser subsumido ao geral (regra legal): tendo-se a aplicação como a busca da regra geral adequada para um dado particular.[14]

4.1.2 A consideração de princípios e valores morais

---

[13] SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca de brasa no olho do ciclope polifeno). In: Silveira Alessandra (Coord.). Direito da União Europeia e Transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, pp. 18-19.
[14] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Edição do Kindle. Barueri: Editora Manole, 2014, localização 309-312.

Além do silogismo lógico-dedutivo, é essencial considerar princípios e valores morais na decisão judicial. Esta abordagem garante que as decisões sejam justas e adequadas às realidades sociais e éticas contemporâneas. Atienza argumenta que:

> El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la Moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente um juicio Moral. Y los juicios Morales son también necessarios para llevar a cabo las operaciones de produzir, aplicar e interpretar el Derecho.[15]

4.2 Discricionariedade judicial

O Pós-Positivismo reconhece a necessidade de interpretação criativa e discricionariedade judicial para alcançar decisões justas, respeitando a normatividade dos princípios e a busca pela correção moral das normas aplicadas. A discricionariedade judicial, embora necessária, deve ser exercida com cautela para evitar arbitrariedades e garantir a segurança jurídica.

4.2.1 A interpretação criativa

O pós-positivismo adota a tese de que a interpretação criativa é necessária para lidar com a complexidade dos casos jurídicos contemporâneos, onde os magistrados deveriam ter a flexibilidade para interpretar e aplicar normas de maneira que promovam a justiça e a equidade, contudo, a busca pela abstração do termo justiça pode levar à usurpação do papel do legislador pelo julgador. Nesse ponto frisa-se a importância da valorização das fontes do direito, que atuam na restrição à interpretação criativa, garantindo que as decisões judiciais sejam fundamentadas em normas reconhecidas e aceitas pela sociedade. Zanon versou sobre o tema, afirmando que:

> Em verdade, a operação de aplicação envolve a criação de uma Norma Jurídica, mediante a articulação ou conformação das diversas Fontes Jurídicas relevantes tematicamente ao caso concreto, as quais vão impondo contornos e limites ao resultado da interpretação, mediante

[15] ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1. ed., 4ª Impr., Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014, p. 86.

> esforço argumentativo a ser devidamente exposto sob a forma de justificativa, sujeito à fiscalização democrática.[16]

4.2.2 Os limites da discricionariedade

Embora a discricionariedade seja essencial, ela deve ser exercida dentro de limites claros para evitar arbitrariedades. Princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade são fundamentais para garantir que a discricionariedade seja utilizada de maneira justa e equilibrada. Impor claramente limites à discricionariedade é necessário para garantir a previsibilidade e a justiça das decisões, evitando abusos e arbitrariedades, tema já tratado por Hespanha, que afirmou:

> Tanto mais que – é bom que, realisticamente, isto não seja esquecido – os efeitos negativos da incerteza do direito (ou da discricionariedade judicial), além de eventualmente distorcerem o princípio da legitimidade num Estado democrático, não recaem igualmente sobre todos os cidadãos, antes favorecendo os grupos socialmente mais poderosos. Como também, por outro lado, o poder de uma elite profissional – como a dos juristas ou dos juízes – não tenda a ser socialmente equidistante.[17]

5 SEGURANÇA JURÍDICA E O PAPEL DAS FONTES DO DIREITO:

5.1 Conceito e requisitos

A segurança jurídica é um princípio que garante a previsibilidade das normas e decisões judiciais. No Positivismo, a decisão judicial deve refletir a vontade do legislador, minimizando a discricionariedade do julgador. Já no Pós-Positivismo, a busca pela justiça nas decisões judiciais requer a integração de valores éticos e morais. A segurança jurídica, portanto, deve equilibrar a estabilidade das normas com a necessidade de adaptação às mudanças sociais e éticas.

---

[16] ZANON JR., Orlando. **Teoria Complexa do Direito**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 199.

[17] HESPANHA, António Manuel. **O direito democrático numa era pós-estatal:** a questão política das fontes de direito. Portuguese Edition. Edição do Kindle. 2018. Disponível em: https://www.amazon.com.br/direito-democr%C3%A1tico-numa-era-p%C3%B3s-estatal-ebook/dp/B07HP21NXM/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=. Acesso em: 15 ago. 2023, pp. 113-114.

5.1.1 A vontade do legislador e a minimização da discricionariedade

No Positivismo, a decisão judicial deve seguir, regra geral, a vontade do legislador, minimizando a discricionariedade do julgador. Através do liame entre o caso concreto e a norma legislada se garante a previsibilidade e a estabilidade das decisões que pacificam os conflitos sociais legados para solução ao Poder Judiciário. Hans Kelsen afirma que:

> Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.[18]

5.1.2 Integração de valores éticos e morais

No Pós-Positivismo, para se alcançar a segurança jurídica torna-se basilar a integração de valores éticos e morais nas decisões judiciais. Argumenta-se que essa exigência permite que as normas jurídicas se adaptem às mudanças sociais e promovam a justiça. Ronald Dworkin proclama que:

> As diversas correntes da abordagem profissional da teoria do Direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoram o fato crucial de que os problemas de teoria do Direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos. Enterraram esses problemas ao insistir na abordagem jurídica convencional. Mas, para ser bem-sucedida, a teoria do Direito deve trazer à luz esses problemas e enfrenta-los como problemas de teoria Moral.[19]

5.2 Desafios contemporâneos

A segurança jurídica na contemporaneidade enfrenta desafios relacionados à aplicação criativa das normas e à necessidade de equilibrar a previsibilidade com a justiça das decisões. A articulação das fontes do direito deve considerar tanto a normatividade das regras quanto a efetividade dos

---

[18] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 391.
[19] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.

princípios. Os julgadores, ao interpretar e aplicar o direito, devem estar atentos às demandas sociais e às evoluções éticas, garantindo que suas decisões promovam a justiça e a equidade.

5.2.1 Interpretação criativa das normas

A interpretação criativa das normas (ativismo) deve deixar de ser considerada essencial ou até mesmo obrigatória para lidar com a complexidade dos casos contemporâneos, contudo, mesmo quando realizada deve ser promovida com cautela para evitar a insegurança jurídica. Vieira apontou que:

> Efetivamente há uma realidade que demanda o enquadramento jurídico próprio. Contudo, o que não se pode aceitar é que o Judiciário, substituindo-se ao constituinte e ao legislador, passe a formular o regulamento jurídico à situação. Esta não é sua função e o ativismo aparece justamente neste ponto, em que o STF substitui o texto constitucional pelo que o tribunal acha melhor para a sociedade.[20]

5.2.2 Equilíbrio entre previsibilidade e justiça

O equilíbrio entre a previsibilidade das normas e a justiça das decisões é um desafio constante do julgador na busca pela segurança jurídica. As normas jurídicas devem ser estáveis, mas também flexíveis o suficiente para se adaptar às mudanças sociais e promover a equidade. Ávila expõe, sobre o tema, que:

> A adoção de um conceito de Segurança Jurídica vinculado a um estado de calculabilidade não implica a ausência de controle das previsões. De um lado, porque a interpretação, embora envolva algum grau de indeterminação, não é nem desvinculada nem independente de critérios de legitimação, como aqueles fornecidos pela proporcionalidade e pela razoabilidade. De outro, porque a escolha do sentido depende, igualmente, de estruturas externas dadas por Regras materiais e procedimentais, [...]. Além disso, a atividade interpretativa é reconstrutiva, no sentido de ser, de um lado, constitutiva, mas, de outro, não ser discricionária, por que a Norma de Decisão é constrangida pelos sentidos do texto.[21]

---

[20] VIEIRA, Luiz Fernando. **Teoria da Decisão Judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, localização 800-803.
[21] ÀVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 271.

5.2.3 Complexidade e globalização

A globalização tem trazido novos desafios ao direito, exigindo que as normas jurídicas se adaptem a um contexto de interdependência e complexidade crescentes. A harmonização das normas entre diferentes jurisdições se torna crucial para garantir a segurança jurídica. Neves observa que:

> Uma transformação profunda tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Essa transformação deve ser levada a sério, inclusive na América Latina. O Estado deixou de ser um locus privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos loci em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, se emanciparam do Estado.[22]

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução das fontes do direito, desde o Direito Natural até o Pós-Positivismo e a internormatividade na União Europeia, revela a complexidade crescente das decisões judiciais e a necessidade de integrar valores morais e éticos nas normas jurídicas. A segurança jurídica, como princípio fundamental, deve ser constantemente reforçada pela articulação adequada das fontes do direito, garantindo decisões justas e previsíveis que atendam às demandas de uma sociedade em transformação. A integração de diferentes fontes de direito e a consideração de princípios éticos e morais são essenciais para promover uma justiça mais humana e adequada às realidades contemporâneas.

A compreensão das diversas fontes do direito e sua aplicação prática é fundamental para a construção de um sistema jurídico que seja ao mesmo tempo justo e eficaz. A análise das diferentes abordagens teóricas, desde o Direito Natural até o Pós-Positivismo, demonstra a evolução do pensamento jurídico e a busca contínua por normas que reflitam os valores de equidade e justiça. A internormatividade na União Europeia exemplifica a complexidade e a

---

[22] NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p. 211.

necessidade de harmonização das normas em um contexto de crescente interdependência jurídica.

O papel dos juízes na interpretação e aplicação das normas jurídicas é crucial para garantir a segurança jurídica e a justiça nas decisões. A consideração de princípios morais e valores éticos, conforme defendido por autores como Dworkin e Alexy, é essencial para garantir que as decisões jurídicas não se limitem à aplicação mecânica de regras, mas reflitam uma compreensão mais profunda da justiça. A articulação das fontes do direito e a integração de diferentes ordenamentos jurídicos permitem uma abordagem mais holística e adaptativa, essencial para lidar com os desafios jurídicos contemporâneos.

Assim como indispensável considerar o raciocínio jurídico para além de um mero exercício formal, a compreensão desse discernimento dentro de um contexto mais amplo que inclua princípios éticos e morais deve ser promovido com circunspecção e autocontrole pelo julgador, posto ser relevante se garantir a integração de valores éticos e princípios jurídicos as decisões, mas sem perder de vista a segurança jurídica e o afastamento do arbítrio, este último que em nada se harmoniza com o termo justiça.

A evolução tecnológica e a globalização impõem novas demandas ao sistema jurídico, exigindo uma constante adaptação das normas para garantir que elas acompanhem as transformações sociais e tecnológicas. A regulamentação de tecnologias emergentes, como a inteligência artificial e a proteção de dados pessoais, bem como a harmonização das normas em um contexto global, são desafios que exigem uma abordagem inovadora e flexível do direito.

A segurança jurídica deve ser vista como um princípio dinâmico, capaz de se adaptar às mudanças sem perder sua essência de garantir previsibilidade e estabilidade. A segurança jurídica não pode ser um princípio estático, ela deve evoluir juntamente com a sociedade, ajustando-se às novas realidades sem comprometer os valores fundamentais de justiça e equidade.

Em conclusão, a articulação adequada das fontes do direito é fundamental para garantir a segurança jurídica e a justiça nas decisões judiciais. A evolução das teorias jurídicas, desde o Direito Natural até o Pós-Positivismo, reflete a

busca contínua por um sistema jurídico que seja capaz de lidar com as complexidades da sociedade contemporânea. A integração de valores morais e éticos, a flexibilidade na interpretação das normas e a adaptação às novas realidades tecnológicas e globais são elementos essenciais para a construção de um direito que promova a justiça e a equidade, sem perder a compatibilização com a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÀVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2016.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del Derecho**. 1. ed., 4ª Impr., Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2014.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O abc do direito da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. "**Brancosos" e interconstitucionalidade, itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Edição do Kindle. Barueri: Editora Manole, 2014.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **O direito democrático numa era pós-estatal:** a questão política das fontes de direito. Portuguese Edition. Edição do Kindle. 2018. Disponível em: https://www.amazon.com.br/direito-democr%C3%A1tico-numa-era-p%C3%B3s-estatal-ebook/dp/B07HP21NXM/ref=tmm_kin_swatch_0?_encoding=UTF8&qid=&sr=. Acesso em: 15 ago. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à filosofia do Direito:** dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2000.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014.

PLATÃO. **República**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1986.

SILVEIRA, Alessandra. **União Europeia**: da unidade jurídico-política do ordenamento composto (ou da estaca de brasa no olho do ciclope polifeno). In: Silveira Alessandra (Coord.). Direito da União Europeia e Transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010.

VIEIRA, Luiz Fernando. **Teoria da Decisão Judicial:** dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada a constituição de Lenio Streck. Edição do Kindle. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ZANON JR., Orlando. **Teoria Complexa do Direito**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

O COMPARECIMENTO PERIÓDICO EM JUÍZO MEDIADO POR SISTEMAS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: Uma proposta[1]

PERIODIC APPEARANCE IN COURT MEDIATED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS: A proposal

Mauro Ferrandin[2]
Airto Chaves Junior[3]

Resumo: A pesquisa tem por objetivo propor que o comparecimento periódico em juízo, nas diversas acepções do instituto, seja mediado por Sistemas de Inteligência Artificial. A hipótese é a de que, além de reduzir a estigmatização do investigado/acusado/condenado, a utilização desses sistemas poderia impactar positivamente na comunicação, fiscalização e no cumprimento eficiente de decisões judiciais criminais que demandam da presença do obrigado em juízo. Justifica-se a pesquisa na medida em que se faz necessário superar o instrumento jurídico obsoleto de apresentação física em juízo (com registro documental analógico) para modelos facilitados por sistemas de Inteligência Artificial de alta tecnologia, os quais podem operar leitura biométrica facial; localização instantânea do usuário ou mesmo, delimitar o espaço a que ele deve restar circunscrito, o que pode ser realizado pela via do georreferenciamento. O método indutivo é empregado na fase de investigação e produção do relatório de pesquisa; no tratamento dos dados, emprega-se do método cartesiano; para verificação dos resultados, vale-se da lógica indutiva. Quanto à metodologia, a pesquisa emprega, a partir da pesquisa bibliográfica e dados oficiais.

Palavras-chave: comparecimento periódico em juízo; presença; inteligência artificial; cumprimento de decisões judiciais.

Abstract: The research aims to propose that periodic appearance in court, in the various meanings of the institute, be mediated by Artificial Intelligence Systems. The hypothesis is that, in addition to reducing the stigmatization of the investigated/accused/convicted, the use of these systems could positively impact communication, monitoring and efficient compliance with criminal court decisions that require the presence of the obligated party in court. The research

[1] Estudo vinculado à linha de pesquisa "Principiologia Constitucional, Política do Direito e Inteligência Artificial", no âmbito do projeto de pesquisa "Fundamentos Axiológicos da Produção do Direito", do Programa *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), tendo como área de concentração: "Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito".

[2] Estágio Pós-Doutoral em Ciência Jurídica na linha Pesquisa Principiologia Constitucional, Política do direito, e Inteligência Artificial – PPCJ/ Univali. Doutor em Direito e Ciência Política pela Universidade de Barcelona em 2018. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Juiz de Direito em Santa Catarina. Professor Instrutor da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juiz de Direito, atualmente titular da Vara dos Juizados Especiais e Violência Doméstica da Comarca de Itajaí/SC. E-mail: mauroferrandin@hotmail.com

[3] Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (Brasil). Doutor em Direito pela Universidade de Alicante (Espanha). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Cursos de Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Itajaí – Univali (Brasil). E-mail: oduno@hotmail.com

is justified insofar as it is necessary to overcome the obsolete legal instrument of physical appearance in court (with analog documentary record) for models facilitated by high-tech Artificial Intelligence systems, which can operate facial biometric reading; instantaneous location of the user or even delimit the space to which he/she must remain confined, which can be done via georeferencing. The inductive method is used in the investigation and production phase of the research report; in data processing, the Cartesian method is used; to verify the results, inductive logic is used. Regarding the methodology, the research uses bibliographical research and official data.

Keywords: periodic appearance in court; presence; artificial intelligence; compliance with court decisions.

INTRODUÇÃO

Até iniciar o ano de 2020, categorias como pandemia e *lockdown* eram tão pouco conhecidas do público em geral quando Inteligência Artificial[4] e *big data.* Nos anos seguintes, a pandemia global ressignificou uma série de expressões e modos de comportamento tornando o mundo definitivamente digital. E o conceito de presença também sofreu consideráveis influências desse fenômeno. Se, por um lado, antes do contexto pandêmico, o "estar presente" transitava num ambiente puramente ôntico, com ele (e para depois dele) adquiriu um significado remoto e cibernético. Foi ele reinterpretado a partir da experiência com a nova doença que acometeu todo o globo. E isso se mostrou (e se mostra) bastante evidente nos encontros e reuniões virtuais (voluntários e forçados) a partir dos quais dependiam dinâmicas de aprendizagem, de trabalho, etc. Ou seja, tanto a abordagem ôntica quanto aquela direcionada a análise digital determina como se pode perceber a realidade e as mais diversas formas de como se relacionar com ela.

Essa guinada na compreensão da presença, do ôntico para o remoto, altera a própria forma básica de como se relacionar com a categoria. Desse

[4] Admitindo a definição de inteligência como a capacidade biológica de atingir objetivos por meio de raciocínio (Fulmer, R. (2019). Artificial intelligence and counseling: Four levels of implementation. Op. Cit., p. 807-819), especificamente sobre o tema inteligência artificial - doravante identificada por suas iniciais IA -, conectadas ou não com o direito, é possível perceber certa dificuldade dos profissionais das ciências da computação e, sobretudo, dos juristas em determinar um conceito unívoco. Refletindo sobre essa questão e considerando os horizontes projetados para este trabalho concluí que não seria necessário um aprofundamento técnico, muito menos o estabelecimento de um conceito teórico preciso sobre IA, até porque sua utilidade para as ciências jurídicas será sempre acessória e, como tal, importa mais entender seu funcionamento para determinar onde pode ser utilizada.

modo, o instituto do comparecimento periódico em juízo (fazer-se presente frente ao juiz) deve também ser ressignificado, tanto no âmbito processo penal quanto na execução da pena. A partir desse panorama pós-pandêmico, o problema de pesquisa que se coloca é o seguinte: Sistemas de Inteligência Artificial[5] podem contribuir na comunicação, fiscalização e execução de medidas judiciais relacionadas à apresentação do controlado em juízo?

Para responder a tal questionamento, inicia-se o estudo com os recentes avanços de informatização do Poder Judiciário até a era da Inteligência Artificial. Na sequência, avalia-se este novo modelo de presença, notadamente aquele orientado por novas tecnologias. Por fim, propõe-se a implementação daquilo que se convenciona chamar de Braceletes Inteligentes de Controle e Comunicação (BICC), cujo mecanismo, embora semelhante em suas finalidades às das tornozeleiras eletrônicas (TE), funcionariam a partir de orientação e mediação de Sistemas de Inteligência Artificial.

O método indutivo é empregado na fase de investigação e produção do relatório de pesquisa; no tratamento dos dados, emprega-se do método cartesiano; para verificação dos resultados, vale-se da lógica indutiva. Quanto à metodologia, a pesquisa emprega, a partir da pesquisa bibliográfica e dados oficiais.

1 A INFORMATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DA ERA ANALÓGICA À INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

[5] Importa anotar que a análise da inteligência artificial (IA) no contexto jurídico também revela uma certa confusão entre termos técnicos da Ciência da Computação. Não raras vezes, algoritmo, *machine learning* (ML ou AM) e *big data* (BD), que são tratados como sinônimos de IA, especialmente pelos resistentes à absorção da tecnologia. Em suma, desde logo é relevante deixar simplificado que um algoritmo é uma sequência clara de instruções para produzir resultados a partir de dados de entrada, enquanto o *machine learning*, também conhecido no Brasil por AM seria a abordagem que permite ao modelo se adaptar e melhorar com a experiência, crucial dada a imprevisibilidade de certos cenários. Por sua vez, a big data refere-se à vasta quantidade de dados que exigem tecnologias específicas para transformá-los em valor, destacando-se por sua velocidade, variedade e volume significativos. Sobre o tema ver: (Rahman, Was. **Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina**. Tradução de Lana Lim e Anna Lim. São Paulo: Editora Senac, 2022, passim.) Neste último ponto, aliás, em sede judicial, poderíamos até falar em um Big Data Jurídico – BDJ, isto é, um ambiente setorizado que articule todas as suas potencialidades tendo como referencial os substratos jurídicos que carregam consigo as seguranças constitucionais necessárias às interações entre tecnologia e justiça. Esses conceitos fundamentais evidenciam a interdependência entre técnica e substância no entendimento e aplicação da IA no campo jurídico, as quais serão devidamente aprofundadas nos capítulos apropriados.

Internet e sistemas informáticos autônomos na forma de ferramentas de trabalho não são novidade. O que realmente chama a atenção é o salto disruptivo causado pela aceleração dos modelos de IA, especialmente, no Sistema de Justiça. Depois de tantos ciclos de hibernação[6], a primavera parece ter chegado.

Desde a edição da EC 45/2004[7] e, posteriormente, da Lei nº 11.419/2006[8], desencadeou-se, em todos os seus níveis de atuação, uma rotina constante e crescente de ajustes e transformações que, ao longo do tempo, se consolidaram como indispensáveis. Afinal, tal qual o avanço tecnológico geral, a cada modificação das regras jurídicas e alterações produzidas para dar conta dos processos instaurados, exsurgia a necessidade de se atualizar a rotina judiciária correlata[9].

---

[6] EYSENCK, Michael W; EYSENCK, Christine. **Inteligência artificial x humanos:** o que a ciência cognitiva nos ensina ao colocar frente a frente à mente humana e a IA. Tradução: Gisele Klein. Porto Alegre: Artmed, 2023, pp. 7-9. Para um panorama mais amplo, inclusive conectando-a com as razões mais remotas do seu surgimento: RAHMAN, Was. **Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina.** Tradução de Lana Lim e Anna Lim. São Paulo: Editora Senac, 2022, pp. 39-50.

[7] Especificamente, no ponto que interessa ao trabalho, o texto constitucional tratou a matéria com a seguinte redação: LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 21 fev. 2024).

[8] Legislação que autorizou os órgãos do Poder Judiciário regulamentarem a informatização do processo judicial. Ver: BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419. Acesso em: 12 maio 2023.

[9] De acordo com o "Anuário da Justiça em Números 2007", o montante de processos em tramitação no Brasil no ano de 2006 era de 63.247.164. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Anuário da Justiça em Números 2007**. Brasília: CNJ, 2007. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/09/anuario_2007.pdf. Acesso em: 12 maio 2023). Já em relação ao Estado de Santa Catarina, segundo informações divulgadas pelo próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), o número de processos em tramitação no ano de 2006 era de 2.185.441. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Relatório de Atividades 2006**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/144416/RELATORIO+DE+ATIVIDADES+-+2006.pdf/fb074600-6039-4f2e-904c-cc4f0005f7cb. Acesso em: 12 maio 2023. Agora, basta uma mirada fina nos informes recentes dos tribunais espalhados pelo país para perceber o incremento substancial do acervo processual em todas as instâncias. Para uma visão completa do quadro evolutivo do Poder Judiciário nacional, vale a pena consultar o último relatório produzido pelo CNJ, que contém o comparativo de todo o país nos últimos quatorze anos. Disponível em: cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf. Acesso em: 24 mar. 2024.

A partir do paulatino aperfeiçoamento do uso da tecnologia no ambiente jurídico e, também, expandido à seara criminal, foi possível avançar em projetos de informatização e desenvolver mecanismos alternativos de tramitação eletrônica de alguns procedimentos judiciais. E isso trouxe vantagens internas de controle de produção e acumulação de acervo e certa agilidade na superação das etapas processuais, reduzindo o tempo de espera e facilidade na marcha processual, tanto para membros, servidores e auxiliares do Poder Judiciário, quanto para as partes e interessados.

O desenvolvimento de *softwares* dedicados aos operadores dos sistemas de justiça também facilitou o acesso aos serviços públicos, pois agentes, servidores, jurisdicionados e seus procuradores passaram a manipular e obter informações de procedimentos administrativos[10] e de processos judiciais por meio da rede mundial de computadores de modo instantâneo, rompendo a necessidade de formação ou deslocamento físico do processo e mitigando o vai e vem de pessoas até as dependências das instituições públicas.

Ainda, sobreleva mencionar que a qualidade dos instrumentos de informatização, especialmente deste último quarto histórico, mostrou-se fundamental no incremento da transparência do sistema, ao permitir a consulta remota à jurisprudência de todos os tribunais do país, o peticionamento eletrônico na maioria das instituições públicas e o acesso ao conteúdo gravado

[10] No Estado de Santa Catarina (Brasil), por exemplo, a Polícia Militar implantou um sistema de atendimento eletrônico, cujo programa integra a gestão e o registro de ocorrências que será utilizado pelos policiais militares nas diversas modalidades de vigilância policial, motorizado ou não. Chamado de **PMSC mobile**, o *kit* de tecnologia móvel também contém uma impressora térmica portátil, adequada para todos os tipos de veículos e meios de transporte. Com a ferramenta citada, as informações em onze formulários em papel são sistematizadas em um aplicativo informatizado. O registro de ocorrências torna-se mais ágil e menos propenso a erros, em virtude do preenchimento automático de campos com informações já disponíveis em grandes sistemas e pela existência de regras inseridas no aplicativo que orientam a correta elaboração dos documentos. Automatizar o envio de dados para sistemas conectados também acelera o fornecimento de informações para uso dos órgãos de segurança pública, Ministério Público e Poder Judiciário. E a etapa de inserção dos dados cadastrados nesses formulários é suprimida, liberando fundos, antes utilizado na digitação de formulários em papel em grandes sistemas, para outras atividades voltadas à proteção do cidadão. Para maiores informações, além das inúmeras fontes, vale a consulta ao sítio da Polícia Militar. BRASIL. Polícia Militar de Santa Catarina. **PMSC Mobile completa um ano de implantação na Corporação**. Imprensa, 06 ago. 2019. Disponível em: https://pm.sc.gov.br/noticias/pmsc-mobile-completa-um-ano-de-implantacao-em-balneario-camboriu-e-camboriu. Acesso em: 6 maio 2024.

dos processos judiciais, ampliando, de certa forma, a confiança no Poder Judiciário, elemento fundamental para sua própria sustentabilidade[11].

Para além de todas as repercussões citadas, cujo decurso do tempo só fez expandir e ampliar ainda mais o campo de incidência, a contínua busca por novas ferramentas tem promovido uma inegável mudança da cultura administrativa, o que contribuiu para a atualização do modelo tradicional de funcionamento do Poder Judiciário. Enfim, depois de um longo percurso temporal, passou-se do processo físico para o informatizado; agora, num instante, vivencia-se a era digital.

2 INOVAÇÃO TECNOLÓGICA PARA APRESENTAR-SE EM JUÍZO NA EXECUÇÃO PENAL: DO ÔNTICO AO REMOTO

Em novembro de 2015, um artigo[12] publicado na *New Scientist* informou que um algoritmo de aprendizado de máquina treinado com rostos de réus em gravações de julgamentos reais identificou corretamente os contadores da verdade cerca de 75% das vezes. Os humanos conseguiram apenas 59,5% e, segundo o mesmo estudo, os melhores interrogadores só chegaram a 65% de acertos.

Para a responsável pelo projeto, Rada Mihalcea, da Universidade de Michigan, ao utilizar fontes reais de pessoas julgadas para o treinamento do algoritmo (por meio dos vídeos que incluíam gestos e expressões do orador juntamente com o resultado do julgamento), era possível constatar a

[11] Consoante esclarecem Cruz e Real Ferrer, o paradigma da sustentabilidade deve ser compreendido em suas várias dimensões, indo além do simples tratamento da produção de bens e serviços. Para isso, é necessário contar com ferramentas tecnológicas e jurídicas eficientes e eficazes que auxiliem na construção de uma sociedade sustentável. Isso implica a criação de uma cidadania com características transnacionais e a definição clara dos papéis dos diferentes atores sociais. CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como ampliação de seus Fundamentos**. Sequência. Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239. Acesso em: 15 mar. 2024.

[12] Este artigo foi publicado sob o título "Algoritmo de detecção de mentiras pode detectar um rosto culpado". Além do alarmante presságio de Mihalcea, oportuno o complemento do Mihai Burzo, professor assistente de Engenharia Mecânica da UM-Flint, quando aduz que "Nós estamos integrando parâmetros fisiológicos como ritmo cardíaco, taxa de respiração e flutuação da temperatura do corpo, todos juntos com imagem térmica não-invasiva". (RUTKIN, Aviva. ***Lie-detecting algorithm spots fibbing faces better than humans****. New Scientist,* 2015. Tradução livre. Disponível em: https://www.newscientist.com/article/mg22830462-700-lie-detecting-algorithm-spots-fibbing-faces-better-than-humans/. Acesso em: 22 fev. 2024).

importância da pesquisa, cujo aprimoramento tem o potencial de alcançar a detecção de mentirosos em tempo real, nos tribunais ou nas alfândegas dos aeroportos.

Apesar do curioso resultado do estudo acima apresentado, é razoável presumir que, em certos casos, a tecnologia – até agora - não consegue captar plenamente as nuances e o contexto humano, cruciais no exercício da jurisdição. A interpretação subjetiva de padrões de comportamento, evidências, avaliação da credibilidade das testemunhas e análise das circunstâncias são aspectos que, por ora, são mais bem compreendidos por seres humanos, cujas subjetividades não podem ser totalmente traduzidas em algoritmos. Por outro lado, seria inevitável que, em algum momento, a contemporaneidade tecnológica exigisse uma interação mais profunda da comunidade jurídica com as ferramentas dotadas de IA.

Isso porque a absorção de inovações tecnológicas no Poder Judiciário Brasileiro perfaz um poderoso aliado que pode melhorar o ambiente institucional, trazendo celeridade, efetividade e segurança jurídica. A utilização de modelos algoritmos pode, inclusive, eliminar alguns dos vieses cognitivos humanos, por não estarem sujeitos, por exemplo, à fadiga, humor, nem à fome – elementos externos a atividade de julgar, mas que sabidamente interferem de maneira determinante na tomada de decisão judicial.[13]

Neste contexto, parece que a implementação de tecnologias avançadas no sistema judiciário é mesmo necessária. No entanto, a criticável experiência do uso de alguns sistemas no âmbito dos segmentos de Controle Penal estadunidenses nos últimos anos se apresenta como referência quase que obrigatória ao Estado Brasileiro, notadamente, pela via da utilização de instrumentos que promovem e/ou reproduzam desigualdades e discriminações. [14] Por isso, deve esse processo ser orientador por compromissos éticos rigorosos, tanto por parte das agências de controle quanto dos condenados submetidos a este controle no processo da pretendida reabilitação. Isso facilitaria, por um lado, o cumprimento das decisões judiciais; por outro,

[13] CHAVES JUNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara; PÁDUA, Thiago A. Segregação racial e vieses algorítmicos: máquinas racistas no âmbito do controle penal. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 19, n. 2, e4768, maio-agosto, 2023, p. 24.
[14] Neste sentido, ver: O´NEIL. Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa**: como o *Big Data* aumenta a desigualdade e ameaça à democracia; tradução Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.

implementação de participação mais ativa e consciente dos indivíduos em seu próprio processo de reintegração.

2.1 Por uma gestão (mais) inteligente dos dados criminais

O funcionamento básico das unidades criminais do sistema judiciário, está intrinsecamente ligado à alimentação dos chamados dados criminais. Aliás, todas as instituições do sistema penal dinâmico[15] estão envolvidas nesta tarefa e trabalham a partir da alimentação de seus programas e produtos. Concomitante ao processamento, portanto, desenvolve-se a liturgia processual e, compridas todas as etapas previstas em lei, a decisão judicial concretiza as obrigações em desfavor do acusado que, no momento posterior, de execução e fiscalização, são conduzidas concomitantemente por outras instâncias ou instituições.

De modo geral, pode-se dizer que a pessoa em cumprimento de pena, quando posta em liberdade (por qualquer motivo, a exemplo da progressão de regime para o aberto, ausência de vaga em estabelecimento prisional ou, mesmo, concessão de alternativas penais), além de não receber a atenção e assistência devidas, fica submetida a condições estabelecidas pró-forma pelo Judiciário ou Administração Prisional, à míngua de controle, fiscalização, orientação e direcionamento. Nesse contexto de baixa efetividade, aliás,

[15] Considerando que neste trabalho estamos analisando não apenas o conjunto normativo penal e processual penal nacional à luz da Constituição em vigor, mas, sobretudo, a atuação das agências responsáveis pela interpretação e aplicação desta política criminal, mostra-se relevante assinalar a adesão ao modelo proposto por Roberto Bergalli, que aos primeiros classifica como partes integrantes do sistema penal estático; os segundos, por sua vez, comporiam o sistema penal dinâmico. Para maior aprofundamento consultar o próprio autor nas seguintes obras: Bergalli, R. (y colaboradores) 1996. **Control social punitivo**. Sistema Penal e Instancias de Aplicación (Policía, Jurisdicción y Cárcel). Barcelona: M. J. Bosch; Bergalli, R. (coord. y colab.) 2003. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo blanch (Alternativa). Aqui trabalho com o sentido de Sistema Penal moderno de Roberto Bergalli que o divide da seguinte forma: 1. Sistema penal estático, como um conjunto de normas jurídicas abstratas que descrevem comportamentos e estabelecem punições, fundamentadas em princípios do direito penal liberal. Este sistema é caracterizado por sua rigidez e formalismo, focando na aplicação uniforme das leis sem considerar as peculiaridades de cada caso. 2. Já o sistema penal dinâmico é o mecanismo pelo qual as leis são efetivamente aplicadas através das instituições de justiça, como polícia e tribunais, permitindo uma interpretação e aplicação mais flexíveis e adaptadas às circunstâncias específicas, operando dentro dos princípios de legalidade, mas com espaço para ajustes interpretativos. Para maior aprofundamento sobre o tema: BERGALLI, Roberto et al. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Disponível em: Bergalli control social-libre.pdf (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net). Acesso em: 14 maio 2024.

eclodem iniciativas legislativas, impulsionadas pelo movimento populista-punitivista, que esvaziam o objeto ressocializador de institutos penais legitimamente previstos no ordenamento jurídico, a exemplo do que recentemente ocorreu com a saída temporária[16].

Além disso, a análise atemporal e fragmentada dos processos e suas consequências demonstra a impermeabilidade de uma gestão mais qualificada do Poder Judiciário aos dados coletados, especialmente aos produzidos por sua atividade-fim. Embora haja uma quantidade substancial de informações disponíveis nos portais das instituições do Sistema de Justiça, elas são, frequentemente, tratadas de maneira isolada, sem aproveitamento do seu potencial, especialmente, no contexto da declarada ressocialização.

Com efeito, a utilização de Sistemas de Inteligência Artificial para monitorar o cumprimento de medidas judiciais, tais como aquelas acobertadas pelo reconhecimento facial[17] georreferenciado[18] nos casos associados ao uso

---

[16] A saída temporária é tema de grande repercussão no Brasil, notadamente em razão da recente aprovação do Projeto de Lei nº 2.253/22, que visa altera a Lei de Execução Penal, entre outros pontos, para restringir a concessão do benefício penal – destinado à ressocialização de pessoas presas em regime semiaberto, com bom comportamento prisional e que tenham cumprido parte da pena – para fins de estudos e profissionalização, de modo a impedir sua aplicação para outros propósitos relevantes previstos originariamente no texto legal, como visita à família e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Por motivos jurídicos (inconstitucionalidade material), os dispositivos que previam referidas restrições foram vetados pelo Presidente da República, que sancionou a Lei nº 14.843/24. Contudo, os vetos foram rejeitados pelo Congresso Nacional, em sessão realizada na data de 28/05/2024. Convém pontuar que a proposição legislativa originária, apresentada em 2011 (Projeto de Lei nº 583/11), não trazia qualquer limitação às hipóteses de concessão de saída temporária, mas apenas impunha aos poderes constituídos e ao apenado o controle de benefícios penais e do cumprimento de penas em regimes aberto e semiaberto por meio de "pulseiras ou tornozeleiras eletronicamente monitoradas, com tecnologia de geolocalização GPS"; nada obstante, por força do famigerado movimento populista-punitivista legislativo, restou transmutada em projeto forjado sob a premissa do encarceramento. Em sobreposição aos pensamentos que defendem ou criticam as alterações legislativas em curso, desponta o consenso acerca da necessidade de ampliar a eficácia e eficiência dos benefícios ínsitos à execução penal, que têm como mote a ressocialização assistida. Nessa linha de intelecção, o cerne da questão reside justamente na racionalidade na aplicação e controle na execução dos institutos penais, a exemplo da saída temporária, cuja solução perpassa justamente pela utilização dos recursos tecnológicos abordados neste trabalho. BRASIL. Lei nº 14.843, de 11 de abril de 2024. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a monitoração eletrônica do preso, prever a realização de exame criminológico para progressão de regime e restringir o benefício da saída temporária. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 abr. 2024, p. 1. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14843&ano=2024&ato=126c3YU1ENZpWT64a>. Acesso em: 12 ago. 2024.

[17] Apesar de não termos lei vigente no país sobre o uso do reconhecimento facial, mas (ao tempo desta nota) apenas um projeto de Lei (n. 2338, de 2023) tratando da matéria, ainda em tramitação no Senado Federal, segundo o Panóptico (CESeC) que monitora a adoção da tecnologia por instituições de segurança pública do Brasil, atualmente, existem cerca de 195 programas de reconhecimento facial sendo executados, cuja capacidade pode atingir mais de

de braceletes inteligentes de controle e comunicação (BICC), pode transformar esse cenário, pois os dados coletados poderão ser transformados em informações essenciais para uma gestão mais eficaz da política penal. A adoção dessas tecnologias não só asseguraria um controle efetivo das sanções aplicadas, mas também contribuiria para reduzir a estigmatização penal, favorecendo a rápida ressocialização dos indivíduos de maneira mais eficiente e adequada.

Em última análise, a integração de sistemas de IA capazes de gerir dados armazenados nas diferentes Instituições envolvidas na execução da pena ou de medidas judiciais diversas pode oferecer a oportunidade de modernizar o Sistema de Justiça Penal e promover maior transparência e eficiência, e sem descurar do respeito pelos direitos individuais. Essa constatação ganha relevo especial quando se observa que os resultados da política criminal declarada (de prisão como medida excepcional) não encontra correspondência no campo da práxis.[19]

---

67 milhões de pessoas. Para ter informações mais completas sobre esses projetos, basta adentrar no site da entidade: Disponível em: https://www.opanoptico.com.br/. Acesso em: 13 mar. 2024. No âmbito do Poder Judiciário, de acordo com um recente artigo publicado na Revista CNJ por Melo, Neves e Santos, já existe um projeto em desenvolvimento envolvendo o reconhecimento facial denominado SAREF, que foi iniciado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDF) com o objetivo de permitir a apresentação de réus em atos judiciais de forma remota por meio de reconhecimento facial. O programa citado diz com a tecnologia baseada em algoritmos de reconhecimento facial que será debatida neste trabalho e permite que a apresentação do réu seja feita a partir de um local remoto, desde que ele tenha sido previamente cadastrado no sistema. (MELO, J. S. S.; ARRUDA NEVES, T.; EDUARDO DOS SANTOS, L. SAREF: Sistema de Apresentação Remota por Reconhecimento Facial. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 77-92, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/389. Acesso em: 12 maio 2023).

[18] A expressão georreferenciamento, no âmbito jurídico, não destoa do seu uso em qualquer outro campo científico ou âmbito social. Em suma, para fins deste estudo, ela sintetiza a possibilidade de atribuir coordenadas geográficas exatas a um ponto. Por sua vez, a geolocalização, usa essas coordenadas para determinar a localização de um objeto ou pessoa em um mapa. O georreferenciamento é a base para a geolocalização eficaz, permitindo confirmar a sua posição exata em determinado tempo e no espaço geográfico localizado pelo satélite.

[19] Ver, neste sentido, estudo desenvolvido por Airto Chaves Junior e Luciana Bittencourt Gomes Silva intitulado “Garantia da ordem pública como critério de encarceramento cautelar nas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: uma análise teórico-empírica” vinculado à Linha de Pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”, no âmbito do Projeto de Pesquisa “Fundamentos Teóricos Contemporâneos dos Princípios e Garantias Constitucionais”, do Programa *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, tendo como área de concentração os “Fundamentos do Direito Positivo”. *In*: CHAVES JUNIOR, A.; GOMES SILVA, L. B. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 813–844, 2020. DOI:

Desse modo, o avanço tecnológico abre uma oportunidade real de mudar a perspectiva sobre os impactos decorrentes da comunicação, fiscalização e do cumprimento eficiente de decisões judiciais criminais. Ao se assumir a responsabilidade pela governança dos dados e como eles deverão ser tratados pela IA (eis que efetivamente o serão), os requisitos da transparência e do *accountability*[20] se transformam em ativos de calibração de performances, ampliando os horizontes e qualificando a atividade judicial.

Nesta perspectiva, com o auxílio dos algoritmos, talvez seja possível compreender e tratar de outra forma a capacidade procurar dar a devida solução a determinados conflitos. Mais do que medir desempenhos, o conjunto de ações e estratégias que compõe as ferramentas inteligentes no âmbito penal podem possibilitar a uniformidade no tratamento dos casos já submetidos à decisão judicial e com reflexos na redução da estigmatização, a qual pode ser medida em vários aspectos: pela agilidade na apuração do ilícito; no processamento e/ou julgamento da demanda; no acompanhamento da execução da medida ou pena e, dentre outros, na manutenção ou reaquisição da primariedade penal facilitada, dada a redução do tempo de contato com o sistema penal – da suposta prática do ilícito até o cumprimento da sanção -, que poderá ser integralmente monitorado[21].

E benefícios também podem ser esperados no âmbito da execução da pena nos regimes mais brandos. Aqui, acredita-se na possibilidade de se

---

10.14210/rdp.v15n2.p813-844. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/17114. Acesso em: 11 out. 2023.

[20] Sem uma tradução exata para o português, a expressão aqui deve ser interpretada como a responsabilidade de prestar a jurisdição de forma ética e transparente. Aliás, a preocupação com as condutas e ações envolvendo os Sistemas de Inteligência Artificial já havia sido exposta por *players* importantes do mercado cibernético, valor relembrar as declarações do CEO da IBM, Ginni Rometty: "[...q*uando falamos sobre novas habilidades da IA, devemos ser transparentes sobre quando e como está sendo aplicada e sobre quem a treinou, com quais dados e como. Está refletindo a nossa expertise profissional? Há preconceitos não intencionalmente embutidos nela? Nós devemos explicar por seus algoritmos fazem as decisões que fazem. E se uma empresa não consegue fazê-lo, seus produtos não deveriam estar no mercado".* ***In*** ROMETTY, Virginia (Ginni). We need a new era of data responsibility. Disponível em: ***https://www.weforum.org/agenda/2018/01/new-era-data-responsibility/***. Acesso em: 24 maio 2024.

[21] O controle inteligente proposto, não necessariamente com a monitoração de todos os passos da pessoa (o que deve ser resguardado aos casos estritamente necessários), tem o condão de aprimorar não apenas a forma de execução das penas impostas em sentença condenatória, mas também a maneira de cumprimento de institutos despenalizantes, em regra oferecidos e fiscalizados pelo Ministério Público, como o acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo, e colaboração premiada. Para se avançar nesse rumo, obviamente, é preciso que as instituições, individualmente, entendam e assumam seus respectivos papeis no enredo da justiça penal; e, em conjunto, alinhem-se em busca do mesmo desiderato.

exercer controle legalmente estabelecido (e nos devidos limites) pelo órgão de execução penal, do deslocamento do apenado no campo geográfico. E isso poderia minimizar problemas crônicos de falta de espaço no ambiente prisional brasileiro, problemas a partir dos quais derivam muitos outros já diagnosticados há muito tempo pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias e pesquisas no âmbito acadêmico[22]. Por fim, uma vez implementado o acompanhamento automatizado do cumprimento das condições fixadas pela decisão, poder-se-á implementar melhorias das práticas judiciais e administrativas, o que gerará reflexos nos demais gestores deste sistema.

Desse modo, é preciso considerar que o efetivo controle e automação da Justiça Criminal não apenas facilita a persecução penal e proporciona o cumprimento e execução qualificados de medidas e/ou penas, como também possibilita que o envolvido – ciente das suas obrigações e do senso de autorresponsabilidade - encerre o cumprimento de suas medidas no menor tempo possível, reduzindo, portanto, a estigmatização inerente à passagem pelo sistema através do controle tecnológico, implicando na abreviação do seu retorno ao convívio social.

2.2 O Comparecimento periódico (remoto) em juízo

Conforme previsão legal, o instituto do comparecimento periódico em juízo é resultado da evolução paulatina das fontes do direito na República Federativa do Brasil e, originalmente, foi concebido como uma das condições de suspensão da pena (art. 78, § 2°, c, do Código Penal[23]). Hoje, a medida é prevista também como condicionante para a Suspensão Condicional do Processo Penal (art. 89, § 1º, IV, da Lei 9.099/95[24]) e, ainda, como Medida

[22] Ver: CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 167-177.
[23] Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. [...] § 2°. Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente: [...] c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.
[24] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que

Cautelar Diversa da Prisão (art. 319, I, do Código de Processo Penal[25]). Na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), a categoria "comparecimento" aparece por três vezes. A primeira, no art. 149, § 2º[26]; a segunda, no art. 151, parágrafo único[27]; a última, no art. 152, parágrafo único[28].

Entretanto, seja como medida despenalizadora (no caso do sursis), seja pelo seu viés de medida cautelar diversa da prisão, seja na forma de instrumento de simplificação da prestação jurisdicional (Juizados Especiais Criminais) ou, ainda, como condição para gozo de benefícios e cumprimento de pena (no âmbito da Execução Penal), o comparecimento pessoal do obrigado em juízo teve sua eficácia questionada devido à situação sanitária vivenciada com a pandemia de coronavírus.

Com efeito, no contexto histórico peculiar em questão, objetivando preservar a saúde dos magistrados, colaboradores e jurisdicionados (neste caso, daquele contra quem a medida é imposta), bem como garantir a continuidade da prestação jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça promulgou a Recomendação n. 62, em 17 de março de 2020. Na época, de amplitude nacional e aplicação obrigatória, dentre outras disposições, a normativa contemplava a suspensão das apresentações periódicas perante os juízos criminais e de execução penal.

Não obstante os inúmeros cenários vivenciados no período de exceção em todas as comarcas do país, forçoso reconhecer que a regulamentação supracitada teve a meritória função de pôr termo à consternação a respeito do controle dos benefícios, porquanto a inexigência das apresentações físicas

---

autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: [...] IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

[25] Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; [...].

[26] Art. 149. Art. 149. Caberá ao Juiz da execução: [...] § 2º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

[27] Art. 151. Caberá ao Juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena. Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento.

[28] Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

havia tornado ineficaz a condição de comparecimento em juízo para fins de contagem e cumprimento de pena, uma vez que todos os dias sem apresentação foram creditados aos investigados/acusados/condenados[29].

E a experiência da suspensão do comparecimento presencial parece ter acarretado vantagens tanto em termos de eficiência processual - ainda que meramente formal -, como de saúde pública, ao Poder Judiciário e ao público em geral. No primeiro caso, a unificação da forma de controle – ou melhor, a ausência total de obrigação de comparecimento - afastou a possibilidade de inconsistências no registro das apresentações, um problema comum, que nenhuma regulamentação foi capaz de ajustar; no segundo, a dispensa das apresentações – que atingiu cerca de 22 mil pessoas obrigadas no estado[30] - evitou a exposição e a disseminação do vírus (pelo menos foi essa a justificativa apresentada oficialmente).

Apesar disso, sem embargo do significativo incremento nas estatísticas vacinais, os números de contágio da pandemia no Brasil continuaram a crescer preocupantemente nos anos de 2020 e 2021, especialmente devido às constantes mutações do vírus. Somava-se ao cenário a tendência de normalização do problema e a pressão do mercado, o que resultou no relaxamento das restrições, exigindo o retorno à normalidade, inclusive com a retomada das apresentações em todas as suas modalidades.

---

[29] Neste ponto, em 27 de abril de 2020, o Conselho Nacional de Justiça publicou Orientação Técnica sobre alternativas penais no âmbito das medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus, na qual, ao sopesar a contingente necessidade de afastamento social com os direitos da pessoa em cumprimento de pena ou alternativa penal, optou por esvaziar a finalidade do comparecimento periódico em juízo e de outras medidas despenalizadoras, a exemplo da prestação de serviços à comunidade, durante o período pandêmico. Nesse norte, o item "2.ii" da Orientação Técnica exorta aos magistrados que, no âmbito da execução penal, transação penal e condições impostas por suspensão condicional do processo ou da pena, computem "o período de dispensa temporário do cumprimento de penas e medidas alternativas de cunho presencial – como a prestação de serviços à comunidade, o comparecimento em juízo etc. – durante o período de pandemia, como período de efetivo cumprimento, considerando que a sua interrupção independe da vontade da pessoa em cumprimento, decorrendo diretamente de imposição determinada por autoridades sanitárias, além do que a manutenção prolongada de pendências jurídico-penais tem um efeito dessocializador, em particular quanto as oportunidades de trabalho e renda". Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Orientacao-Alternativas-Penais-Covid-19_2020-05-04.pdf. Acesso em: 16 abr. 2024.

[30] BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Após quase 2 anos, apresentações presenciais de presos do regime aberto são retomadas. Imprensa, 08 mar. 2022. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/apos-quase-2-anos-apresentacoes-presenciais-de-presos-do-regime-aberto-sao-retomadas. Acesso em: 12 ago. 2024.

E foi nesse momento que se vislumbrou a oportunidade para a concepção de um modelo atualizado, utilizando simples tecnologia da comunicação, não apenas para garantir a eficácia do próprio instituto do comparecimento periódico em juízo, mas também para promover o seu avanço progressivo e pragmático dentro do sistema jurídico. Neste contexto, inclusive, numa perspectiva mais imediata e unificadora, foi implementada uma solução de informática intermediária que permitiria realizar as apresentações mensais sem pôr em risco os obrigados, os servidores, ou a população: adaptar a funcionalidade do Balcão Virtual (BV).

Instituído pelo Conselho Nacional de Justiça e disponibilizado aos Tribunais do país, o BV foi recepcionado no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina pela Resolução Conjunta n. 8, de 18 de março de 2021. Seu objetivo original era facilitar o contato direto de qualquer interessado com um servidor de unidade judiciária, em ambiente virtual, durante o horário de expediente forense. Esse serviço de informações, realizado no estado catarinense através da plataforma PJSC-Conecta – a mesma que já era utilizada no serviço de audiências virtuais[31] –, poderia incorporar a realização das apresentações no formato digital, tanto no juízo de conhecimento, como na execução penal. Bastava a adesão voluntária da Unidade e do beneficiado[32].

2.3 A apresentação em juízo mediada por sistemas de inteligência artificial

[31] A propósito, o Relatório Justiça em Números de 2023, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, aponta que, no ano de 2022, além do aumento significativo do índice de digitalização dos acervos processuais, o percentual de adesão ao processo eletrônico atingiu 99% das novas demandas. Ademais, sem pretensão de esgotar a palpitante temática, o Relatório identifica ações e iniciativas relacionadas à Justiça Digital, inseridas no âmbito do Programa Justiça 4.0 – tema a ser aprofundado no curso deste trabalho -, capazes de promover "o incremento da governança, da transparência e da eficiência do Poder Judiciário, com efetiva aproximação com o(a) cidadão(ã) e redução de despesas", a saber: Domicílio Eletrônico, Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), DataJud, Plataforma Codex, Sinapse, Núcleos de Justiça 4.0, Juízo 100% Digital e Balcão Virtual. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf. Acesso em: 24 mar. 2024).

[32] Vale ressaltar que o próprio CNJ, ao estabelecer as metas nacionais para o exercício de 2022, assumiu um compromisso institucional com a promoção da justiça digital, com foco no balcão virtual para a Justiça Estadual. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/relatorio-metas-nacionais-2022.pdf. Acesso em: 30 mar. 2024.

Apesar da simplicidade que caracterizou a primeira fase do programa – via BV -, os avanços para a concretização das finalidades expostas noutras linhas – especialmente no que tange à padronização do controle, qualificação de dados e evolução digital – foram notáveis.

Um importante registro de algumas das adversidades inerentes à utilização do BV como meio para a finalidade proposta é aquela decorrente da necessidade de se manter um servidor presente para validar a apresentação remota e da baixa qualidade dos dados armazenados nas diferentes plataformas usadas pelas instituições envolvidas. Aqui entraram em cena os velhos problemas da administração pública: a defasagem do quadro de servidores; a necessidade de ampliar os pontos de acesso e a qualificação dos dados; e, dentro outros, a discricionariedade da implantação que permeava a aplicação do procedimento. Todos esses componentes negativos, como antevisto, obscureceram os resultados, mas permitiram confirmar a possibilidade de seguir no desenvolvimento do projeto maior, pois sua etapa posterior, construída sobre a base da Inteligência Artificial, teria envergadura para suplantar essas intercorrências.

Assim, para se resolver tais questões e, de forma (mais) efetiva, alinhar a ideia em análise com a era digital, irrompeu uma segunda fase do projeto, o qual visava o desenvolvimento de um aplicativo institucional e integrado e capaz não só de executar de forma segura e automatizada o procedimento para aferir os comparecimentos periódicos em juízo, mas também disponibilizar aos jurisdicionados amplo acesso à informação e a todos os serviços judiciais, agora de forma personalizada e com mínima intervenção humana.

A partir dele, a leitura automatizada dos dados biométricos dos jurisdicionados obrigados ao comparecimento em juízo, em qualquer de suas modalidades, possibilitaria a incontestável verificação da identidade do usuário e da sua geolocalização (mediante chave de acesso, reconhecimento facial e georreferenciamento), o que, aliado à integração do aplicativo com os demais sistemas de gestão processual, passaria a permitir que o contato direto e as apresentações físicas determinadas judicialmente pudessem ser substituídos pelos virtuais sem a necessidade de deslocamento do jurisdicionado, tornando o procedimento mais seguro e auditável.

Seria possível verificar, desse modo, que a interação necessária entre servidores judiciais e a ferramenta inteligente, onde os modelos de aprendizado de máquina (*machine learning*) podem ser aprimorados pela supervisão contínua, ilustraria o potencial de algoritmos programados para identificar, prever resultados e executar a tarefa ordenada. Uma vez implementados, esses modelos poderiam realizar a coleta e análise de dados biométricos dos jurisdicionados para descobrir correlações e reconhecer padrões entre variáveis que interagem em complexidade crescente. Por fim, poderiam esses sistemas ser constantemente melhorados a cada etapa processual, graças ao uso estratégico de dados de treinamento coletados previamente e reforçados continuamente a cada apresentação efetivada.

Aplicações típicas de *machine learning* no contexto jurídico das apresentações virtuais (comparecer em juízo) podem incluir modelos de classificação, previsão e checagem, os quais, sob supervisão do servidor público, utilizam algoritmos para controlar os resultados seguintes baseados em dados anteriores — incluindo as variações fisionômicas observadas ao longo do tempo em indivíduos rotineiramente monitorados.

Outra técnica promovida pelo *machine learning* é chamada de "aprendizado por reforço", a qual se mostra adequada para otimizar a execução de penas, medidas alternativas ou condições judiciais. Essa técnica pode ajudar a avaliar os riscos e benefícios a curto e longo prazo para o apenado e até mesmo para a eventual vítima envolvida no processo. Mas esse aprendizado pressupõe um processo de aprimoramento gradativo, onde o *feedback* de agentes públicos ou das próprias vítimas pode ser utilizado para otimizar as decisões futuras frente às diversas opções estabelecidas judicialmente e ajustadas, passo a passo, para cada caso específico.

As pessoas colocadas sob essa modalidade de vigilância eletrônica podem, por exemplo, ter a oportunidade de verem modulada a autorização judicial para trabalhar, estudar, efetuar tratamentos médicos, fixar áreas de restrição e acesso; podem, enfim, sob os sensos de autocontrole e de autodeterminação, levar uma vida mais próxima da normalidade, o que lhes permite descomprimir um contato menos traumático com o Sistema de Justiça Criminal. É dizer: mesmo controlados e vigiados pelos operadores do sistema, abrem-se outras possibilidades de a obrigação de permanência ou de restrição

não ser apenas a sua habitação, pois esse horizonte é ampliado para locais de cumprimento, tratamento, acolhimento e adaptação.

Demais disso, a variedade de ferramentas compatíveis com a aplicação desta automação de Inteligência Artificial tem o condão de expandir os serviços e atos por meio digital a nível praticamente ilimitado, incluindo, por exemplo, citações, intimações e demais comunicações processuais, participação em audiências, consultas processuais, obtenção de guias para pagamento de custas e medidas pecuniárias, tudo de forma automatizada, desburocratizada e personalizada.

Adequadamente construída, isto é, a partir das necessidades do usuário e não apenas dos sistemas, é possível que a segurança proporcionada pela IA também possa maximizar os resultados em outros programas e projetos desenvolvidos no âmbito criminal.[33]

Demais disso, com a ampliação e simplificação dos serviços judiciais remotos, pode-se tornar factível a estadualização da competência execução penal, até mesmo em meio aberto, operacionalização incogitável no cenário analógico, justamente em virtude do distanciamento físico entre o apenado e a respectiva unidade de execução competente para o processo executivo e, ainda, da dificuldade lógica do seu deslocamento até o lugar da apresentação física.

3 DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA AO BRACELETE DIGITAL: REDUZINDO A ESTIGMATIZAÇÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE PENAL

[33] Neste prisma, a título de exemplo, a estadualização da cobrança das multas penais, além de centralizar e especializar o importante serviço judicial, passou a permitir, via cruzamento de dados armazenados e identificação biométrica do apenado, o que antes era inexequível: a quitação imediata dos valores devidos, sem a necessidade de novo acionamento da máquina estatal através do simples acesso à internet ou aplicação para smartphone , de modo a diminuir sensivelmente os custos para o Poder Judiciário e, principalmente, para o jurisdicionado. Sobre o procedimento simplificado e automatizado desenvolvido, importante a leitura da Orientação CGJ n. 10, de 27 de março de 2023, que “orienta sobre os procedimentos afetos à cobrança e execução da multa penal no âmbito do Primeiro Grau de Jurisdição do Poder Judiciário de Santa Catarina”. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/2294744/ORIENTA%C3%87%C3%83O+CGJ+n.+10-2023.pdf/bb72b26a-4e66-2d18-f881-5c2d2bc69990?t=1680025430091. Acesso em: 21 abr. 2024.

Conforme verificado, nos tempos atuais, parece bastante evidente que há sistemas de Inteligência Artificial que possam identificar facilmente indivíduos com obrigações legais perante a Justiça Penal e que isso pode trazer benefícios. [34] E este cenário, embora possa ter passado despercebido, já havia se tornado realidade desde que o STF autorizou o uso de videoconferência para a realização das audiências criminais, inclusive de réus presos, reconhecendo, de modo transverso, a eficácia da tecnologia para tais finalidades[35].

Nesse contexto de possibilidades facilitadas pelo uso da IA, emerge a necessidade complementar de atualizar os dispositivos de monitoramento ligados ao corpo dos indivíduos envolvidos com a lei penal, substituindo as tornozeleiras eletrônicas (TE) por Braceletes Inteligentes de Controle e Comunicação (BICC), cujo mecanismo, embora semelhante em suas finalidades, poderia reduzir a estigmatização vexatória e agregar outras vantagens, como a comunicação *on time*.

Para tanto, num primeiro momento, deve-se considerar que a legislação nacional permite que, em certos casos, seja ordenado o uso de tornozeleiras eletrônicas como condição para liberdade ou prisão domiciliar[36]. No entanto, apesar do avanço tecnológico generalizado, o sistema de justiça continua a

[34] Algumas das vantagens de poder ser verificadas em confirmar local de residência, local de trabalho ou de permanência em tempo real se utilizando de algoritmos de geolocalização, etc. Neste aspecto, a necessidade de deslocamento físico até tribunais ou autoridades policiais para estas obrigações perde o sentido, pois a segurança proporcionada pela verificação virtual criptografada atinge idênticas finalidades.

[35] Sobre a validade da realização de interrogatório por videoconferência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 144.541. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 1º dez. 2017; Habeas Corpus nº 149.083. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 nov. 2020; e Habeas Corpus nº 233.850. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, DF, 12 dez. 2023. Acerca da possibilidade de realização de audiência de custódia por videoconferência, ainda no período pandêmico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 186.421. Relator Ministro Celso de Mello. Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 20 out. 2020; e, no período pós-pandêmico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 ago. 2023.

[36] A monitoração eletrônica, atualmente instrumentalizada pela tornozeleira eletrônica, pode constituir: (a) medida cautelar pessoal diversa da prisão, aplicável à pessoa investigada ou processada criminalmente, antes do início da execução penal, quando necessária para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal ou para evitar a prática de infrações penais, desde que adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do agente (artigos 282 e 319 do Código Penal); ou (b) forma de fiscalização de institutos e regimes prisionais ínsitos à execução penal, quais sejam, saída temporária, prisão domiciliar, cumprimento de pena privativa de liberdade nos regimes aberto e semiaberto (inclusive, pode constituir condição para a progressão a estes regimes), cumprimento de pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de frequência a lugares específicos e livramento condicional (art. 146-A da Lei de Execução Penal).

empregar um equipamento rudimentar, incômodo, obsoleto, estigmatizante e pouco justificável. Em realidade, diante do contexto e da forma que hoje são empregados e funcionam, as tornozeleiras eletrônicas mais se assemelham a instrumentos de torturas física, moral e social.

Em diagnóstico produzido pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2021[37], identificou-se que cerca da metade das pessoas monitoradas eletronicamente em todo o Brasil consideram a medida inadequada. Para além da baixa compreensão sobre a finalidade da monitoração, fruto da falta de orientação continuada, da deficiência assistencial por meio de equipes multidisciplinares e da dificuldade de contato com os órgãos fiscalizadores, o motivo mais citado foi o entendimento de que o uso da tornozeleira constitui punição extra, corolário do preconceito e estigma que desperta, com reflexos sobretudo na dificuldade de (re)ingresso ou permanência no mercado de trabalho. Outras razões mencionadas, de igual modo relevantes, consubstanciam-se em constrangimentos a frequência à escola, no acesso ao comércio e serviços de saúde.

A respeito do uso da tornozeleira em si, o mesmo estudo indica que a taxa de reprovação ou de desconforto sobe para 84% das pessoas monitoradas, predominantemente em virtude de problemas inerentes à interação social, como preconceito, estigma, vergonha e dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, assim como dos incômodos físicos por portar o equipamento (tais como prurido, alergias, ferimentos na área de contato com a pele, queimação, dormência, calos e formigamento).

Outra constatação de relevo, divulgado no material produzido pelo CNJ, resta situada na intensificação das abordagens policiais e coação por milícias ilegais, muitas vezes de forma violenta, às pessoas que portam ostensivamente a tornozeleira eletrônica. Ao arremate, após pontuar acerca de falhas técnicas apresentadas pelas tornozeleiras e do calvário por vezes experimentado pelos monitorados para obter contato com juiz, equipes multidisciplinares e órgãos de controle, o estudo conclui que “estes achados sinalizam uma possível

[37] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Monitoração eletrônica criminal**: evidências e leituras sobre a política no Brasil. Coord. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/diagnostico-politica-monitoracao-eletronica.pdf. Acesso em: 23 abr. 2024).

incompatibilidade entre a medida e o suposto da reintegração social e redução das vulnerabilidades".

Diante dessas constatações, o estágio atual da tecnologia permite que se supere o conceito arcaico de controle da pessoa para se migrar para dispositivos de localização semelhantes aos modernos *smartwatches*, que não só permitem localizar e monitorar o controlado, mas também podem incorporar recursos de comunicação em tempo real e reconhecimento facial instantâneo.

Mais especificamente, a tecnologia dos materiais hoje disponíveis permite que a construção e fixação no pulso do usuário seja capaz de detectar sua correta utilização, eventuais adulterações e/ou remoções. Além disso, diante da similitude visual ao relógio de pulso convencional, numa versão bastante possível, seu uso implicaria em redução absoluta da carga psicológica negativa sobre o indivíduo, que deixaria de ser menosprezado socialmente[38].

É preciso recordar que desde a implantação das tornozeleiras eletrônicas, a sua finalidade nunca foi - e jamais poderia ser – etiquetar o seu usuário como sujeito delinquente. O objetivo de impor o uso do equipamento, ao menos no âmbito declarado era – ou deveria ser – eminentemente técnico, ou seja, destinado a prestar informações ao juízo que determinou sua fixação e assegurar que as condições fixadas serão cumpridas. A relação seria exclusiva entre o réu e poder estatal.

Neste contexto, busca-se combinar a superação de instrumentos jurídicos obsoletos – apresentação física em juízo, com registro documental analógico - com as facilidades proporcionadas por sistemas de Inteligência Artificial de alta tecnologia. Desse modo, caso seja necessário monitorar a presença, isso pode ser feito à distância (de forma remota) pela via de leitura biométrica facial; se a intenção for localizar instantaneamente o usuário ou

[38] CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. **O sistema de monitoramento eletrônico à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 103, n. 945, p. 197-224, jul. 2014. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21644. Acesso em: 12 maio 2024; ROCHA, Camila Lima; TEIXEIRA, Ana Clara Veloso; LEITE, Paulo Henrique Campos**. O monitoramento eletrônico como alternativa de política pública: uma análise da sua eficácia na realidade brasileira**. Revista Jurídica do Cesupa, 2022, vol. 3, no. 1, p. 98-115; LEITE, Noemia Climintino. **Monitoramento eletrônico como instrumento viabilizador da execução da pena privativa de liberdade em consonância com a dignidade da pessoa humana**. Orientadora: Carla Rocha Pordeus. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal). Universidade Federal de Campina Grande. Sousa: 2018, 73 p. Disponível em: http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/13601. Acesso em: 12 maio 2024.

delimitar o espaço a que ele deve restar circunscrito, isso pode ser realizado pela via do georreferenciamento. Por fim, caso a liberdade do indivíduo depender de ambos, em tempo integral, o controle pode ser realizado da maneira menos vexatória possível, substituindo-se as tornozeleiras eletrônicas pelo bracelete inteligente de controle.

Hoje, e sob semelhante olhar, é possível deduzir que os atuais dispositivos utilizados por pessoas protegidas (por exemplo, mulheres em situação de violência doméstica com medida de afastamento em desfavor do agressor)[39] e testemunhas especiais, também possam ser igualmente atualizados e substituído pelo bracelete inteligente de controle aqui proposto, ou ainda por aplicativo para *smartphones* com características semelhantes. Afinal, como dito alhures, se a intenção é apenas controle e proteção, o uso do equipamento ou de aplicativo também pelas vítimas é mais do que necessário, não apenas para assegurar que o seu perímetro esteja seguro - através do sinal de GPS -, mas também para possibilitar imediata comunicação com a justiça ou autoridade policial acaso violada a zona de vigilância e desta com o pretenso violador.

A evolução alvitrada, sem dúvida, impactaria profundamente no modelo empregado hoje na segurança das vítimas, que deixaria de ser passiva, ou dependente das rotinas de fiscalizações física e periódica das polícias, e passaria para o modo ativo, em que a conjugação das informações dos dispositivos usados por agressor e vítima seriam controlados integralmente pela IA.

Pelos mesmos motivos, o emprego do bracelete inteligente de controle pode ser expandido para qualquer tipo de controle judicial, elevando a outro patamar a gestão investigativa, processual e de execução penal, pois, a partir dos dados coletados pela IA, seria possível mapear de maneira mais significativa as ações do seu portador e, com isso, amplificar os resultados de uma decisão judicial preliminar ou do programa de recuperação do indivíduo.

[39] Art. 9º, § 5º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), acrescentado pela Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019 (BRASIL. Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados. Brasília, DF: Diário Oficial da União de 18 set. 2019).

A Inteligência Artificial depende fundamentalmente de dados: seja utilizando-os para seu próprio treinamento e desenvolvimento (como na inteligência artificial assistida, aumentada ou no aprendizado de máquina) ou processando dados de maneira autônoma (como na inteligência artificial autônoma ou no aprendizado profundo). Portanto, neste novo mundo, é essencial dar atenção especial à base de dados utilizada em qualquer processo que envolva sistemas inteligentes, assim como a jurisdição criminal. A qualidade, a precisão e a proteção desses dados são cruciais para garantir resultados confiáveis e éticos, além de assegurar a privacidade e a segurança das informações[40].

A partir dessas tecnologias, desde que judicialmente autorizado e nas hipóteses previstas em lei, o bracelete inteligente de controle poderia ser integrado a outros dispositivos controlados pela respectiva autoridade competente a partir do que, seria possível conhecer e armazenar a localização do indivíduo em tempo integral, delimitar suas zonas e horários de circulação ou restrição, bem como emitir avisos ao vigiado e às autoridades judiciais[41]. Com isso, a autoridade penitenciária, por exemplo poderia saber exatamente a localização do apenado durante o período de saída temporária concedido[42],

---

[40] NYBO, Erik Fontenele. **Eu, Robô:** como dados pessoais podem ser utilizados pela inteligência artificial e os impactos que esse uso pode gerar. In: PALHARES, Felipe (coord.). Estudos sobre privacidade e proteção de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 93. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/estudos-sobre-privacidade-e-protecao-de-dados/1353726854. Acesso em: 22 de maio de 2024.

[41] Sobre o tema, outro projeto que pode ser melhorado e incorporado ao sistema do Bracelete em discussão é a expansão do Domicílio Eletrônico e do Sistema Nacional de Gestão de Bens (SNGB), além da capacitação de colaboradores no Sniper (Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos) e no Prevjud. Tais ferramentas de busca integrada e inteligente eleva o patamar de simples utilização de sistemas isolados para a sua versão mais potente, onde não apenas os movimentos físicos do custodiado podem ser monitorados em tempo integral; uma vez usuário do sistema, cabem-lhe os bônus de uma rápida e discreta passagem pelos sistemas penais alternativos, mas também os ônus de ter seus direitos limitados pela decisão judicial, efetivamente controlados. Aliás, é exatamente pela capacidade de a IA potencializar a integração de diferentes sistemas, que se possibilita desenvolver ferramentas unificadoras, que não apenas impedem a duplicação de iniciativas para atender demandas semelhantes, mas unifica-as mediante tecnologia e metodologia fixadas uniformemente pelo CNJ. Isso beneficia os agentes internos e a própria sociedade. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/expansao-do-domicilio-judicial-eletronico-para-medias-e-grandes-empresas-e-tema-do-programa-link-cnj/. Acesso em: 22 de maio de 2024.

[42] A saída temporária é tema de grande repercussão no Brasil, notadamente em razão da recente aprovação do Projeto de Lei nº 2.253/22, que visa altera a Lei de Execução Penal, entre outros pontos, para restringir a concessão do benefício penal – destinado à ressocialização de pessoas presas em regime semiaberto, com bom comportamento prisional e que tenham cumprido parte da pena – para fins de estudos e profissionalização, de modo a impedir sua aplicação para outros propósitos relevantes previstos originariamente no texto legal, como visita à família e participação em atividades que concorram para o retorno ao

inclusive podendo ter a certeza de que eventuais zonas de restrição (por exemplo, locais dominados pelo crime organizado) seriam efetivamente cumpridas.

Na prática, seria possível verificar maior efetividade, fidedignidade e confiabilidade do controle estatal sobre condições previstas em lei e impostas pelo Poder Judiciário. Além disso, resgataria o verdadeiro objetivo traçado pelo constituinte originário e desenvolvido (mal ou bem) pelos condutores da política criminal, no sentido de fomentar a aplicação das alternativas e benefícios penais em seu grau máximo. Afinal, no mais das vezes, a resistência para sua aplicação reside justamente na dificuldade de controle, o que deságua na sua exígua efetividade e baixa aderência.

Em paralelo, sob o ângulo da pessoa em cumprimento de pena ou alternativa penal, aludidos predicados, quando devidamente harmonizados com a dignidade humana, possuem o condão de incutir maior senso de responsabilidade, cooperação, autocontenção e coletividade. Essa guinada, frise-se, é capaz de inaugurar uma nova cultura, desta feita dialógica, na relação entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado, com a participação ativa, responsável e colaborativa do investigado/processado/condenado.[43]

---

convívio social. Por motivos jurídicos (inconstitucionalidade material), os dispositivos que previam referidas restrições foram vetados pelo Presidente da República, que sancionou a Lei nº 14.843/24. Convém pontuar que a proposição legislativa originária, apresentada em 2011 (Projeto de Lei nº 583/11), não trazia qualquer limitação às hipóteses de concessão de saída temporária, mas apenas impunha aos poderes constituídos e ao apenado o controle de benefícios penais e do cumprimento de penas em regimes aberto e semiaberto por meio de "pulseiras ou tornozeleiras eletronicamente monitoradas, com tecnologia de geolocalização GPS"; nada obstante, por força do famigerado movimento populista-punitivista legislativo, restou transmutada em projeto forjado sob a premissa do encarceramento. Em sobreposição aos pensamentos que defendem ou criticam as alterações legislativas em curso, desponta o consenso acerca da necessidade de ampliar a eficácia e eficiência dos benefícios ínsitos à execução penal, que têm como mote a ressocialização assistida. Nessa linha de intelecção, o cerne da questão reside justamente na racionalidade na aplicação e controle na execução dos institutos penais, a exemplo da saída temporária, cuja solução perpassa justamente pela utilização dos recursos tecnológicos abordados neste trabalho.

[43] Aqui a mesma lógica pode ser aplicada ao controle das condições fixadas para o cumprimento de alguns dos institutos despenalizantes previstos no sistema de justiça consensual vistos no segundo capítulo – por exemplo no ANPP - e, especialmente, na execução penal, para as hipóteses de progressão de regime. Neste caso, aliás, a certeza de controle pelo apenado implicaria no reforço de suas ações, refletindo positivamente em seus atos, perante a sua família, à vítima e à própria sociedade. Além disso, a partir dessa nova forma de controle penal efetivo, haveria potencial redução dos vínculos espúrios formados no interior dos ergástulos, quase sempre impostos pelas diversas formas de cooptação de organizações criminosas que impõem àqueles que saem do sistema obrigações ilegais que perpetuam o círculo de criminalização.

Para concluir, reafirma-se que o papel do julgador criminal, que envolve sua habilidade interpretativa subjetiva, não pode ser diretamente substituído, mas aprimorado pela integração com ferramentas tecnológicas. Neste sentido, o exercício jurisdicional precisa ser conformado por uma política criminal atualizada orientada, também, por essas novas tecnologias. Ao que parece, a inserção e o aumento da utilização de IA, em todos os aspectos da vida social é uma tendência inexorável. Por isso, ao invés de resistir à mudança inevitável, deve-se descobrir a melhor maneira de trilhar essa senda[44], sempre com a devida supervisão humana para que não se promovam decisões judiciais desprovidas da sensibilidade necessária para compreender as peculiaridades que cada caso apresenta, potencialmente perpetuando injustiças e desconsiderando a complexidade das relações humanas que estão no cerne da questão criminal[45].

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve por objetivo propor que o comparecimento periódico em juízo, nas diversas acepções do instituto, seja mediado por Sistemas de Inteligência Artificial.

Com a ressignificação do conceito de presença (fazer-se presente) operada nas mais diversas relações (trabalho, aprendizagem, etc.) em decorrência da pandemia global, não faz mais sentido que o instituto do comparecimento periódico em juízo seja mantido num aspecto puramente ôntico alicerçado nos velhos problemas da administração pública, tais como a defasagem do quadro de servidores, a necessidade de ampliar os pontos de

[44] CHAVES JUNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara; PÁDUA, Thiago A. Segregação racial e vieses algorítmicos: máquinas racistas no âmbito do controle penal. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 19, n. 2, e4768, maio-agosto, 2023, p. 26.

[45] Fundado nas lições de Greene (Greene, Joshua D. Moral tribes... p. 306-309) sustenta Wolkart: “O Direito não resolve sozinho questões complexas como a adoção de inteligência artificial (IA) pelo Poder Judiciário em matéria penal, por exemplo. Esses temas precisam necessariamente do aporte de outras ciências, como a economia, a psicologia e a sociologia, além de pesquisas empíricas. Mais do que isso, essa resposta pode mudar ao longo do tempo, de acordo com as circunstâncias. Não há uma resposta de fé para esse tipo de questão. Qualquer princípio absoluto de direito processual ou material que seja utilizado nesse tipo de discussão, do qual não se arrede pé, parece mais um escudo para as racionalizações dos instintos do sistema 1 do que um argumento consistente”. (WOLKART, Erik Navarro**.** **Inteligência artificial e sistemas de justiça**: proposta de um framework regulatório para desenvolvimento ético e eficiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 71).

acesso e a qualificação dos dados e, ainda, a discricionariedade da implantação que permeia a aplicação do procedimento. Não bastasse isso, os sistemas de controle remotos até então utilizados pelo Poder Judiciário, tais como a monitoração eletrônica, incrementavam o etiquetamento e estigmatização já inerentes a esse tipo de atividade.

A partir dessa problemática, a questão colocada na parte introdutória da pesquisa foi: Sistemas de Inteligência Artificial podem contribuir na comunicação, fiscalização e execução de medidas judiciais relacionadas à apresentação do controlado em juízo?

Depois de percorrido o caminho apresentado no relatório de pesquisa, verificou-se que vigilâncias eletrônicas mediadas por Sistemas de Inteligência Artificial podem materializar a presença remota do sujeito controlado de forma tão eficiente quanto aquela operada no contexto físico, e com diversas outras vantagens. É que as pessoas colocadas sob essa modalidade de vigilância eletrônica podem, por exemplo, ter a oportunidade de verem modulada a autorização judicial para trabalhar, estudar, efetuar tratamentos médicos, fixar áreas de restrição e acesso; podem, enfim, sob os sensos de autocontrole e de autodeterminação, levar uma vida mais próxima da normalidade, o que lhes permite descomprimir um contato menos traumático com o Sistema de Justiça Criminal. É dizer: mesmo controlados e vigiados pelos operadores do sistema, abrem-se outras possibilidades de a obrigação de permanência ou de restrição não ser apenas a sua habitação, pois esse horizonte é ampliado para locais de cumprimento, tratamento, acolhimento e adaptação do sujeito.

A proposta, então, é a de substituir as tornozeleiras eletrônicas (TE) por Braceletes Inteligentes de Controle e Comunicação (BICC), cujo mecanismo, embora semelhante em suas finalidades, poderia reduzir a estigmatização vexatória e agregar outras vantagens, como a comunicação *on time*. Esses dispositivos de localização, semelhantes aos modernos *smartwatches*, não só poderia permitir a localizar e monitoramento do controlado, mas também poderiam incorporar recursos de comunicação em tempo real e reconhecimento facial instantâneo.

Desse modo, caso seja necessário que o Estado monitore a presença, isso pode ser feito à distância (de forma remota) pela via de leitura biométrica facial; se o objetivo for localizar instantaneamente o usuário ou delimitar o

espaço a que ele deve restar circunscrito, isso pode ser realizado pela via do georreferenciamento. Por fim, caso a liberdade do indivíduo depender de ambos, em tempo integral, o controle pode ser realizado da maneira menos vexatória possível, substituindo-se as tornozeleiras eletrônicas pelo bracelete inteligente de controle. Na prática, seria possível verificar maior efetividade, fidedignidade e confiabilidade do controle estatal sobre condições previstas em lei e impostas pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

Anuário da Justiça em Números 2007. O montante de processos em tramitação no Brasil no ano de 2006 era de 63.247.164. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Anuário da Justiça em Números 2007**. Brasília: CNJ, 2007. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/09/anuario_2007.pdf. Acesso em: 12 maio 2023).

BERGALLI, Roberto (y colaboradores) 1996. **Control social punitivo. Sistema Penal e Instancias de Aplicación** (Policía, Jurisdicción y Cárcel). Barcelona: M. J. Bosch; Bergalli, R. (coord. y colab.) 2003.

BERGALLI, Roberto *et al*. **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. Disponível em: Bergalli_control_social-libre.pdf (d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net). Acesso em: 14 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Polícia Militar de Santa Catarina. **PMSC Mobile completa um ano de implantação na Corporação**. Imprensa, 06 ago. 2019. Disponível em: https://pm.sc.gov.br/noticias/pmsc-mobile-completa-um-ano-de-implantacao-em-balneario-camboriu-e-camboriu. Acesso em: 6 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 144.541. Relatora Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 1º dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 149.083. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 04 nov. 2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus nº 233.850. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, DF, 12 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus nº 186.421. Relator Ministro Celso de Mello. Redator do acórdão Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Relatório de Atividades 2006**. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/144416/RELATORIO+DE+ATIVIDADES+-+2006.pdf/fb074600-6039-4f2e-904c-cc4f0005f7cb. Acesso em: 12 maio 2023.

CARVALHO, Gisele Mendes de; CORAZZA, Thaís Aline Mazetto. O sistema de monitoramento eletrônico à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 103, n. 945, p. 197-224, jul. 2014. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/21644. Acesso em: 12 maio 2024.

CHAVES JUNIOR, A.; GOMES SILVA, L. B. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO CRITÉRIO DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR NAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 15, n. 3, p. 813–844, 2020. DOI: 10.14210/rdp.v15n2.p813-844. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/17114. Acesso em: 11 out. 2023.

CHAVES JUNIOR, Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 167-177.

CHAVES JUNIOR, Airto; GUASQUE, Bárbara; PÁDUA, Thiago A. Segregação racial e vieses algorítmicos: máquinas racistas no âmbito do controle penal. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 19, n. 2, e4768, maio-agosto, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/02/justica-em-numeros-2023-16022024.pdf. Acesso em: 24 mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Monitoração eletrônica criminal**: evidências e leituras sobre a política no Brasil. Coord. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/diagnostico-politica-monitoracao-eletronica.pdf. Acesso em: 23 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2022**. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/relatorio-metas-nacionais-2022.pdf. Acesso em: 30 mar. 2024.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como ampliação de seus Fundamentos**. Sequência. Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. Disponível em:

https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239. Acesso em: 15 mar. 2024.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 21 fev. 2024).

EYSENCK, Michael W; EYSENCK, Christine. **Inteligência artificial x humanos:** o que a ciência cognitiva nos ensina ao colocar frente a frente à mente humana e a IA. Tradução: Gisele Klein. Porto Alegre: Artmed, 2023.

LEITE, Noemia Climintino. Monitoramento eletrônico como instrumento viabilizador da execução da pena privativa de liberdade em consonância com a dignidade da pessoa humana. Orientadora: Carla Rocha Pordeus. **Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal)**. Universidade Federal de Campina Grande. Sousa: 2018, 73 p. Disponível em: http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/handle/riufcg/13601. Acesso em: 12 maio 2024.

MELO, J. S. S.; ARRUDA NEVES, T.; EDUARDO DOS SANTOS, L. SAREF: Sistema de Apresentação Remota por Reconhecimento Facial. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 77-92, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/389. Acesso em: 12 maio 2023.

Monitoração eletrônica criminal: evidências e leituras sobre a política no Brasil. Coord. Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/diagnostico-politica-monitoracao-eletronica.pdf. Acesso em: 23 abr. 2024.

NYBO, Erik Fontenele. Eu, Robô: como dados pessoais podem ser utilizados pela inteligência artificial e os impactos que esse uso pode gerar. *In*: PALHARES, Felipe (coord.). **Estudos sobre privacidade e proteção de dados**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 93. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/estudos-sobre-privacidade-e-protecao-de-dados/1353726854. Acesso em: 22 maio 2024.

O´NEIL. Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa**: como o *Big Data* aumenta a desigualdade e ameaça à democracia; tradução Rafael Abraham. 1. ed. Santo André, São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.

RAHMAN, Was. **Inteligência Artificial e Aprendizado de Máquina**. Tradução de Lana Lim e Anna Lim. São Paulo: Editora Senac, 2022.

ROCHA, Camila Lima; TEIXEIRA, Ana Clara Veloso; LEITE, Paulo Henrique Campos. O monitoramento eletrônico como alternativa de política pública: uma análise da sua eficácia na realidade brasileira. **Revista Jurídica do Cesupa**, 2022, vol. 3, no. 1, p. 98-115.

ROMETTY, Virginia (Ginni). We need a new era of data responsibility. Disponível em: *https://www.weforum.org/agenda/2018/01/new-era-data-responsibility/*. Acesso em: 24 maio 2024.

RUTKIN, Aviva. ***Lie-detecting algorithm spots fibbing faces better than humans****. New Scientist,* 2015. Tradução livre. Disponível em: https://www.newscientist.com/article/mg22830462-700-lie-detecting-algorithm-spots-fibbing-faces-better-than-humans/. Acesso em: 22 fev. 2024.

WOLKART, Erik Navarro. **Inteligência artificial e sistemas de justiça**: proposta de um framework regulatório para desenvolvimento ético e eficiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2022.

A QUESTÃO DO ABORTO SOB A ÓTICA DA CRÍTICA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA: Apontamentos sobre a ADPF 442-STF

THE ISSUE OF ABORTION FROM THE PERSPECTIVE OF INSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC CRITICISM: Notes on the ADPF 442-STF

Rafael Espíndola Berndt[1]

Resumo: O artigo possui como objeto a apresentação da crítica institucional e democrática à doutrina da supremacia judicial, acerca do sentido da constituição, valendo-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 442, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, para demonstrar os contornos da temática a ser apresentada. Os objetivos propostos consistem em demonstrar que a temática sobre a descriminalização do aborto enquadra-se nos temas que possuem desacordos morais razoáveis na sociedade brasileira. Busca-se analisar os argumentos expostos no voto da Relatora da ADPF n. 442/STF, Mina. Rosa Weber, acerca da competência e legitimidade do Supremo Tribunal Federal para julgar o mérito sobre a descriminalização do aborto, bem como elaborar um painel do confronto entre a tese da Supremacia Judicial e as críticas (antítese) institucional e democrática, por meio, especialmente, da doutrina norte-americana, à mesma tese da Supremacia Judicial. O artigo será formado por três partes, iniciando-se pela demonstração de que o tema da descriminalização do aborto é daqueles que possuem desacordos morais razoáveis na sociedade brasileira. Aborda-se a apresentação da tese da Supremacia Judicial, defendida no voto da relatora da ADPF n. 442/STF, Mina. Rosa Weber, na defesa de ter o Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o sentido da Constituição. Explora-se a exposição das críticas institucional e democrática à Supremacia Judicial. Quanto à metodologia empregada, registra-se que será utilizado o método indutivo e o método cartesiano, e os resultados expressos no artigo são compostos na base da lógica indutiva.

Palavras-chave: desacordos morais razoáveis; supremacia judicial; crítica democrática e institucional; descriminalização do aborto.

Abstract: The article aims to present the institutional and democratic critique of the doctrine of judicial supremacy, regarding the meaning of the constitution, using the Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept (ADPF) No. 442, currently pending in the Supreme Federal Court, to demonstrate the contours of the theme to be presented. The proposed objectives consist of demonstrating that the theme of the decriminalization of abortion fits into the themes that have reasonable moral disagreements in Brazilian society. To

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e pela Universidade de Alicante (UA). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina. Artigo apresentado em 15 de agosto de 2024. O presente artigo foi desenvolvido no âmbito do Programa de Pesquisa Internacional Conjunto para a Produção Científica e Técnica Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em convênio com o PPCJ/Univali, e está inserido na Área de Concentração “Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito”.

analyze the arguments presented in the vote of the Rapporteur of ADPF No. 442/STF, Mina. Rosa Weber, regarding the competence and legitimacy of the Supreme Federal Court to judge the merits of the decriminalization of abortion. To prepare a panel of the confrontation between the thesis of Judicial Supremacy and the institutional and democratic criticisms (antithesis), through, especially, the North American doctrine, to the same thesis of Judicial Supremacy. The article will be divided into three parts, starting with the demonstration that the issue of decriminalization of abortion is one of those that have reasonable moral disagreements in Brazilian society. The presentation of the thesis of Judicial Supremacy, defended in the vote of the rapporteur of ADPF No. 442/STF, Mina. Rosa Weber, in defense of the Supreme Federal Court having the final word on the meaning of the Constitution. The presentation of institutional and democratic criticisms of Judicial Supremacy, especially when faced with. As for the methodology used, it is noted that the Inductive Method, the Cartesian Method, will be used, and the results expressed in the article are composed on the basis of inductive logic.

Keywords: reasonable moral disagreements; judicial supremacy; democratic and institutional criticism; decriminalization of abortion.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo analisar, sob a ótica da legitimidade jurídico constitucional, em sentido jusfilosófico, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciar o mérito da questão acerca da descriminalização do aborto, especialmente, a (não) recepção dos arts. 124 e 126 do Código Penal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 442/DF, tendo por relatora a Eminente Ministra, ora aposentada, Rosa Weber, única a votar no caso, estando o julgamento, atualmente, suspenso por pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

O pedido da referida ação cinge-se no sentido de se reconhecer a possibilidade de realização de aborto, por decisão livre da mulher, nas doze primeiras semanas da gestação.

Nos dizeres dos autores da demanda, a:

> [...] não recepção, pela ordem constitucional vigente, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas […] de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica

> do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento.[2]

Para além da questão meritória, a qual envolve aspectos jurídicos e morais, sobre a possibilidade e constitucionalidade da descriminalização do aborto, a doutrina, especialmente norte-americana, capitaneada por Andrew Vermule, Jeremy Waldron e Cass Sustein, por exemplo, em oposição à doutrina, consagrada e de maior difusão no Brasil, de Ronald Dworkin, fornece, assim, elementos para, a partir de visões antagônicas sobre a temática, lançar luzes acerca da legitimidade jusfilosófica de as supremas cortes enfrentarem temas que detêm intensas razões de desacordos na sociedade, como doravante se irá expor.

Despiciendo afirmar a relevância que o tema suscita no seio da sociedade brasileira desde sempre, voltando a atrair a atenção dos holofotes, não só nos meios jurídicos, mas da nação como um todo, após a apresentação do voto da Mina. Relatora na ADPF 442, alhures referida.

Para tanto, inicialmente, apresentar-se-ão os argumentos favoráveis à apreciação meritória da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, valendo-se dos argumentos expostos no voto da Mina. Relatora, adicionados a alguns aportes doutrinários, como fontes de exposição do tema e de análise.

Na sequência, será apresentado um painel para expor as críticas sobre a supremacia judicial – *judicial review* - em casos que envolvem desacordos morais razoáveis na sociedade, os quais, em geral, se concretizam em duas grandes áreas: as críticas de viés institucional e as críticas de ordem democrática.

Por fim, proceder-se-á à uma ponderação entre os argumentos favoráveis, dispostos no voto da ADPF n. 442/DF e as críticas apresentadas pelos autores contrários à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para apreciar o mérito de demandas que envolvam desacordos morais razoáveis, entendendo ser a descriminalização do aborto, objeto da ADPF, um desses temas.

---

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

Ditas estas breves, mas necessárias considerações iniciais, tem-se por relevante que, quanto à metodologia da pesquisa empregada, destaca-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica[3].

1 OS ARGUMENTOS EXPOSTOS NO VOTO DA RELATORA NA ADPF 442/DF

A título informativo e elucidativo, o voto a ser apreciado se divide em duas partes, a primeira a tratar da admissibilidade da ADPF, o que não será tema de interesse a este trabalho, bem como o argumento da legitimidade democrático-constitucional do Supremo Tribunal Federal para apreciar a matéria, este sim, objetivo desta pesquisa e, por fim, a análise do mérito acerca da constitucionalidade da criminalização do aborto, ponto que também não é do propósito de abordagem do artigo.

Inicialmente, relevante estabelecer o entendimento de que o tema é daqueles que suscitam desacordos morais profundos na sociedade, como bem assentado pela relatora Mina. Rosa Weber, que afirma ser o "tema jurídico sensível e de extrema delicadeza, em razão do desacordo razoável que o circunda, ao suscitar convicções de ordem moral, ética, religiosa e jurídica[4]".

Os próprios precedentes oriundos de uma experiência comparada dos Tribunais e Cortes constitucionais, assim como da legislação estrangeira, evidenciam esse estado de coisas, a demonstrar se tratar de um desacordo moral razoável.

Essa constatação detém importância na medida em que a crítica que será exposta adiante parte de idêntica premissa, no que concerne a matérias que possuem desacordos razoáveis no âmago da sociedade.

---

[3] PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. p. 2.

Na sequência, o voto passa a enfrentar a questão sobre a legitimidade, reforçando-se sempre o viés jurídico filosófico da abordagem crítica, de o Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, apresentando cinco argumentos em favor da análise meritória.

Um primeiro argumento diz respeito a que as democracias contemporâneas, a partir do segundo pós-guerra, baseiam-se, em temas de regulamentação, não somente na deliberação pela regra da maioria, mas também pela tutela dos direitos das minorias, no sentido da preservação de direitos fundamentais[5].

Extrai-se do voto da relatora:

> Alguém pode objetar de boa-fé que caberia exclusivamente ao Congresso Nacional decidir sobre esta questão, por se tratar do ente político formado pelos representantes eleitos periodicamente por sufrágio universal e investido, conforme dispõe a Constituição, do Poder Legislativo, isto é, o poder de editar leis para reger a sociedade e suas relações jurídicas. A representatividade popular é, sem dúvida, aspecto central da democracia.
> Todavia, outro aspecto fundamental das democracias liberais é a sujeição dos Poderes a regras e princípios fundamentais em uma Constituição[6].

As razões expostas afirmam que há convívio entre a democracia deliberativa, com legitimidade do Poder Legislativo em enfrentar temas como o da descriminalização do aborto, e as premissas do Estado Constitucional sendo que é tarefa das Cortes Constitucionais e no Brasil, do Supremo Tribunal Federal, nas democracias constitucionais, o parâmetro de controle de constitucionalidade acerca da vigência das normas, seja em sua dimensão formal ou material.

Portanto, de acordo com o voto da relatora, há uma conjugação entre democracia deliberativa e democracia constitucional, o que viabilizaria o enfrentamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, como dispõe a própria Constituição Federal de 1988, no seu art. 102.

---

[5] BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil: Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em: 5 jun. 2024.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. p. 2.

O segundo argumento, possui nítido caráter textualista, calcado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal[7], fundamentando nesse sentido:

> Consequência disso é que se uma questão jurídica é apresentada ao Poder Judiciário por qualquer pessoa que tenha legitimidade para tanto, o Poder Judiciário é obrigado a enfrentá-la. Assim, provocado ao se pronunciar sobre a compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição da República, o Supremo Tribunal Federal é obrigado a decidir, e a decidir segundo a interpretação adequada do texto da Constituição[8].

Desse modo, num simples silogismo, se há o dispositivo constitucional que afirma que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário, então estaria o Supremo Tribunal Federal autorizado a resolver o caso posto a julgamento. Todavia, mais do que enunciar as normas que outorgam competências do Supremo Tribunal Federal, na Constituição Federal, relevante é entender como compreender essas mesmas normas.

Um terceiro ponto aduzido pela Ministra Rosa Weber em seu voto diz respeito ao suprimento do debate acerca da matéria, por meio das audiências públicas realizadas, bem como pela participação, durante o procedimento, de vários *amici curiae*, estando atendidos, na sua ótica, o critério democrático procedimental[9].

Afirma, em seu voto, que se deve promover o debate dos direitos em todas as instâncias, sem exclusão do próprio Supremo Tribunal Federal. Mesmo diante de casos que tenham por objeto matérias envoltas em desacordos morais razoáveis, uma decisão de cunho democrático implica em contínuas deliberações públicas nos mais diversos foros institucionais. A racional deliberação pública é impositiva e dá o tom em qualquer instituição adstrita a um estado Democrático de Direito, respeitando a conformação de suas capacidades e limites[10].

---

[7] BRASIL**. [Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 5 jun. 2024.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. p. 3.

[9] Item 6 do voto da Mina. Relatora.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. p. 16.

Um quarto argumento apresentado diz respeito à uma peculiar noção do papel institucional do Supremo Tribunal Federal na vertente de capitanear um papel de construtor da razão pública, papel este que o legitima para atuar, democraticamente, na jurisdição constitucional.

Nos termos do voto da relatora:

> Em razão da complexidade do tema, e do papel de construtor da razão pública que legitima a atuação democrática da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, por essência de natureza contramajoritária, com mais razão neste caso, apresento os argumentos que julgo serem necessários à justificativa da solução normativa aqui proposta[11].

Corroborando este entendimento, Luís Roberto Barroso afirma que as Supremas Cortes detêm um papel de "vanguarda iluminista", para além de uma atuação puramente representativa, no sentido de ter a função de "empurrar a história quando ela emperra". Apesar dos riscos envolvidos nessa competência, o que demanda grande parcimônia, com o fito de não transmutar as Cortes Constitucionais em hegemônicas instâncias, ante o risco democrático que representa tal competência. "Mas, às vezes, trata-se de papel imprescindível"[12].

Outro ponto enfrentado pelo voto da relatora diz respeito a uma possível insindicabilidade das normas postas em juízo pelo Poder Judiciário, em face de uma possível afronta ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes, ao que é rebatido no voto com os seguintes argumentos: "A alta disputabilidade interpretativa de uma controvérsia de direitos não justifica a imunidade jurisdicional de normas legais, não no constitucionalismo brasileiro, tampouco na sua história constitucional. O próprio Estado de Direito é uma engenharia humana, como os direitos também o são.

Por derradeiro, o voto faz menção, ainda, à distinção entre:

---

[11] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. p. 7.

[12] BARROSO, Luis Roberto. **A Razão Sem Voto**: A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 517–546, 2017. DOI: 10.21783/rei.v2i2.79. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 5 jun. 2024. p. 42.

> [..] o argumento da impossibilidade jurídica do pedido afirmado nesta ação ou da impossibilidade de deliberação acerca da controvérsia constitucional não se iguala àquele em que se defende postura judicial minimalista, restrita à solução de questões arguidas no caso, sem interpretações normativas extensivas a argumentos não deliberados ou plurais e imaturos, não constituintes da opinião majoritária da Corte. Ou ao argumento baseado nas virtudes passivas da técnica da não decisão sobre problemas que dizem respeito a dissensos razoáveis na sociedade[13].

Ponto este último que é justamente o qual será abordado no próximo tópico do presente artigo, mas que, de toda forma, o voto da Mina. Relatora não enfrenta, especificadamente. Não se verifica o porquê da não adoção de uma postura minimalista ou mesmo de uma virtude passiva, como citado. Refuta-se, ao que se depreende do voto, a não adoção de uma postura contida tão somente com base na abstrata referência à própria competência da Corte em matéria constitucional, constante da Carta Magna de 1988.

Postas essas premissas do voto condutor da Ministra, passe-se a expor a crítica às bases da decisão aqui apresentadas.

2 A CRÍTICA INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA ACERCA DO ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicia-se pela crítica de caráter institucional que a doutrina da supremacia judicial vem sofrendo, para além da tradicional crítica democrática, apresentada a seguir. As objeções de caráter institucional dizem respeito às relações com os demais poderes de estado por parte do Poder Judiciário, além das suas próprias capacidades institucionais.

Parte-se da pré-compreensão apresentada pelos professores Paulo Cruz e Zenildo Bodnar, no sentido de que a justiça, a fim de se tornar a mola propulsora de garantia das novas bases de uma sociedade democrática, deve assegurar a participação dos cidadãos. “No contexto da atual sociedade de risco, confiar apenas na técnica, sem a necessária discussão política, já demonstrou não ser a melhor opção”. A melhor adequação deve ser apoiada na sociedade, sem se olvidar da consistência técnica. “Afinal, o que se espera

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. p. 17.

da democracia pós-moderna é a justiça de participação, em busca da justiça social[14]".

Em artigo germinal sobre a temática, no âmbito do direito norte-americano, denominado *interpretation and institutions*, Cass Sustein e Adrian Vermule objetivam chamar a atenção no sentido de que as tradicionais teorias hermenêuticas sobre a interpretação da constituição e das leis ordinárias, não poucas vezes, deixam de levar em consideração aspectos e, eventuais, limitações de cariz institucional do Poder Judiciário, mas não só, olvidam dos efeitos sistêmicos que a interpretação pode causar, bem como da dinâmica relacional entre os poderes[15].

Os autores citados entendem que a solução para os problemas de interpretação hermenêutica não podem ser fruto, apenas, da escolha da melhor teoria pelo juiz, — no sentido de se perguntar como decidiria o juiz Hércules, de Ronald Dworkin[16] —, uma vez que as escolhas também são influenciadas por aspectos de ordem institucional. É possível que se adote uma teoria institucional em determinada decisão que venha a prevalecer, ainda que ela não seja a melhor teoria interpretativa, mas suficiente para bem decidir o caso concreto.

A escolha calcada na melhor teoria interpretativa pelo juiz olvida alguns fundamentais aspectos desse processo. Inicialmente, não se leva em consideração a efetiva capacidade institucional, bem como as limitações, — das mais variadas ordens, tais como: temporal, informacional e de conhecimento —, dos agentes humanos que compõem as instituições, na elaboração do método interpretativo. Não apenas os fatores humanos possuem essa limitação, mas também um procedimento preestabelecido impõe limitação de alta monta em termos de importância[17].

---

[14] CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 60-61.

[15] SUSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. In: Michigan Law Review, v. 101, n. 4, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 7 jun. 2024.

[16] DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

[17] SARMENTO, Daniel. **Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel e

Outro aspecto diz respeito à consideração das consequências da linha interpretativa adotada para os agentes privados e públicos das mais variadas estirpes, ou seja, os efeitos sistêmicos da interpretação levada a efeito. A adoção de determinada linha interpretativa detém um elevado potencial de produção de consequências danosas que, no momento da formulação hermenêutica, não foram previstas pelo julgador e, consequentemente, contrariam a própria interpretação, inicialmente, formulada[18].

Outra crítica de caráter institucional diz respeito à adoção, por parte das Cortes Supremas, do que se convencionou denominar de tese do minimalismo judicial. Tese esta que tem por escopo evitar um aumento dos custos de uma decisão errada, dispondo que a Corte deve tão somente decidir o específico caso que está a se debruçar, buscando não teorizar sobre temas nos quais não possui expertise profissional suficiente, especialmente, diante de temas complexos sob o prisma moral, científico ou religioso[19].

Há uma percepção oposta ao que prega a teoria minimalista, no sentido de que as Cortes possuem uma tendência de incrementar o espectro de fundamentação de suas decisões, ao estarem diante de questões morais dotadas de desacordos razoáveis na sociedade, ao contrário de se buscar uma diminuição da abrangência de suas fundamentações.

Cass Sustein leciona que mesmo uma postura oposta ao minimalismo, com uma decisão possuidora de fundamentação teórica consistente pode gerar consequências graves. Isto porque há assuntos que ainda não são dotados de suficiente debate democrático na sociedade, ocasião na qual a decisão judicial pode servir de empecilho à própria continuidade do regular debate no seio da sociedade. Esse processo é consequência inerente ao sistema do *judicial review*. De outro vértice, ao estar-se diante de uma decisão tida por equívoca, ainda que consistentemente fundamentada, acerca de um tema dotado de desacordo moral razoável, poder-se-á, em alta monta, incrementar a polarização das opiniões das distintas esferas da sociedade, havendo, ao invés

---

BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 327.

[18] SUSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**, p. 2.

[19] SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time** – judicial minimalism in the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 46-61.

da pacificação do tema, um caminhar da população em direções opostas, ou seja, uma ampliação da divergência de opiniões[20].

A fim de buscar uma convergência de entendimento, ou um consenso moral mínimo, em face dos desacordos morais razoáveis existentes na sociedade, Cass Sunstein propõe duas ferramentas de atuação judicial: os acordos incompletamente teorizados e os compromissos dilatórios[21]. Aqueles ocorrem quando há consenso acerca da melhor decisão a ser tomada, mantendo-se um desacordo em relação aos fundamentos gerais da matéria envolvida no caso concreto. Estes dizem respeito a um consenso em relação aos princípios gerais incidentes em determinado caso, todavia um desacordo em face das normas específicas.

Desse modo, o minimalismo judicial vem por favorecer a sociedade ao impedir um acirramento de polos opinativos distintos da contenda posta em análise.

Feitas essas considerações, passa-se à análise das críticas democráticas ao sistema da supremacia judicial, para tanto Jeremy Waldron tece sua análise a partir da relevância dos desacordos morais razoáveis na interpretação, além da aplicação dos princípios constitucionais, os quais possuem estrutura semântica com maior porosidade.

De fato, para Jeremy Waldron há na sociedade a necessidade, por parte de determinados grupos, de uma intencionalidade compartilhada acerca da necessidade da edificação estrutural, decisional e de modos de agir que sejam comungados por esses grupos, com vistas a solucionar problemas, mesmo levando-se em consideração as divergências acerca de como estabelecer essas estruturas e, ainda, sobre as melhores decisões a serem tomadas para fazer frente aos assuntos compartilhados. A necessidade de atuação em conjunto e os desacordos na sociedade são denominadas por Waldron como as circunstâncias políticas[22].

---

[20] SUNSTEIN, Cass R. **Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional**. Tradução Letícia Borges Thomas. In: TEIXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. Barueri: Manole, 2010. p. 294-297.

[21] SUNSTEIN, Cass R. **Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional**, p. 294-297

[22] WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 102.

A fim de marcar a divergência de entendimento que possui em relação ao pensamento de Ronald Dworkin, no sentido de que as questões de princípios ou de direito devem ficar a cargo do Poder Judiciário, privilegiando o *judicial review*, afastando-as do poder das maiorias, estas as quais, ficariam restritas às questões políticas[23], Jeremy Waldron afirma que a sociedade diverge não somente nas questões relacionadas às políticas públicas, como também sobre as questões de princípios.

O ponto de maior relevância diz respeito ao fato de que os desacordos não dizem respeito tão somente às questões de políticas públicas, há um espraiamento, modernamente, de desacordos nas questões de princípios, os denominados por Waldron de desacordos morais razoáveis. Desse modo, as pessoas, partindo-se da premissa de boa-fé dos cidadãos, possuem divergências sobre o que seja a vida boa ou o que leva o cidadão à felicidade, havendo discordâncias em temas como o aborto, a eutanásia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre outros temas[24].

Diferentemente de Ronald Dworkin, Jeremy Waldron, diante dos desacordos morais em relação às questões de princípios, defende a oposição do *judicial review* como o *locus* precípuo de debate desses temas, advogando que seja o Parlamento, com seus sistemas democráticos tradicionais, o responsável por decidir também essas matérias, desde que atendidos alguns requisitos: a) regular funcionamento das instituições democráticas; b) curadoria do Estado de Direito e adjudicação das contendas individuais a cargo de instituições judiciais em bom funcionamento; c) a existência de respeito dos direitos das minorias tanto pelas autoridades públicas quanto pelo efetivo compromisso da população em geral; d) no que toca à aplicação dos direitos das minorias, em concreto, a existência de desacordos[25].

Em conclusão, o que se depreende da crítica democrática ao *judicial review* é que, de fato, não se pode assegurar que a utilização da regra da

---

[23] DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

[24] WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao judicial review**. Tradução de Adauto Vilella. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 113-114.

[25] WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, 115, 6, april 2006, p. 1361.

maioria, num espectro de modo de decisão política, traga a adoção da mais qualificada decisão, contudo a legitimidade como um critério de decisão, resta inserido no seu bojo, assinalando condições de dignidade e igualdade de participação no processo decisional.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pergunta que norteou o presente trabalho cingiu-se a delimitar se a apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da descriminalização do aborto no Brasil, objeto da ADPF n. 442/DF, seria conveniente e oportuna, no sentido de possuir, a Corte, legitimidade para analisar o mérito da matéria.

Expostas a tese e antítese sobre a legitimidade e oportunidade de o Supremo Tribunal Federal, tem-se por conclusão que se está diante, indubitavelmente, de tema, a descriminalização do aborto, que suscita desacordo moral razoável no seio de nossa sociedade. Diante dessa constatação o que se procurou apresentar foram os argumentos favoráveis à apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal e as teorias que embasam uma visão contrária a este posicionamento, que até aqui, adota o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 442/DF.

Evidentemente, não se descura do papel que exerce a Suprema Corte brasileira em defesa da Constituição e de que há garantias expostas na própria constituição que permitem, com base no texto legal, a apreciação da matéria. Todavia, as teorias que fundamentam visão diversa afirmam que, em temas dotados de contornos controversos na sociedade, caberia, precipuamente, ao parlamento a última palavra sobre a solução do tema.

Isso porque, muitas vezes ao invés de pôr fim ao debate sobre a matéria, pode-se vir a tornar ainda mais polarizada a temática na sociedade. Ainda, por vezes, em especial, pelo formato do julgamento que se desenvolve no STF, com votos individualizados sem conjugação de vontades para formar um entendimento uniforme, sequer no próprio tribunal há chance de haver uniformidade de entendimento sobre a matéria, com a alta probabilidade de existência de votos divergentes.

Ademais, corre-se o risco de se impor uma visão única sobre um tema no qual ainda não há amadurecimento da melhor solução a ser dada, a qual será a tese constitucional, quando todas as demais serão, de plano, descartadas, pois não condizentes com a Constituição, se levado a cabo o julgamento pelo STF. Fato este que, indubitavelmente, tem alta probabilidade de não pacificar o entendimento no seio da sociedade.

Formulam-se alguns questionamentos que podem vir a instigar futuras investigações, pois, partindo-se da premissa de que o tema julgado na ADPF n. 442/DF envolve desacordos morais razoáveis, quais os motivos para que o Supremo Tribunal Federal julgue o caso e assuma um dos entendimentos das partes envolvidas no conflito? Se o tema divide a sociedade sobre qual melhor caminho a se seguir, acerca da questão moral, por que o Supremo Tribunal Federal teria legitimidade para decidir por toda a sociedade?

Se uma Constituição, nas sociedades modernas pluralistas, deve ser a norma comunitária. Sendo essa norma, portanto, eminentemente principiológica – vide a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade -, na concretização desses princípios é que se tem o dissenso, a apreciação de uma inconstitucionalidade é afastar uma concretização principiológica. Desse modo, manter-se a vedação ao aborto, não obstante suas exceções legais, parece ser uma derivação principiológica da Constituição. Assim, para os autores pesquisados, a melhor adequação material da Constituição não seria de competência das Supremas Cortes, evitando-se, por completo, a substituição da visão política sobre o tema.

Desse modo, ficam aqui breves notas para desenvolvimento de aprofundadas reflexões futuras.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **A Razão Sem Voto**: A Função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 517–546, 2017. DOI: 10.21783/rei.v2i2.79. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79. Acesso em: 5 jun. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil: Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33_43.pdf. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL**. [Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 442**. 2023. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf. Acesso em: 4 jun. 2024.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel e BINENBOJM, Gustavo (orgs.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. **Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional**. Tradução Letícia Borges Thomas. In: TEIXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico. Barueri: Manole, 2010.

SUSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. In: Michigan Law Review, v. 101, n. 4, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245. Acesso em: 7 jun. 2024.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time** – judicial minimalism in the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 46-61.

WALDRON, Jeremy. **A Essência da Oposição ao judicial review**. Tradução de Adauto Vilella. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. The Yale Law Journal, 115, 6, april 2006.

O DIREITO AO REPARO EM TEMPOS OBSOLETOS[1]

THE RIGHT TO REPAIR IN OBSOLETE TIMES

Rafael Maas dos Anjos[2]
Marcelo Buzaglo Dantas[3]

Resumo: O impacto da ação humana no meio ambiente tem gerado conflitos nas esferas política, econômica, social, cultural e jurídica. Estas contendas se refletem em crise ambiental, onde a compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental se apresenta como um dos maiores desafios da atualidade. O consumismo exacerbado na pós-modernidade necessita da presença contínua dos indivíduos nos mercados. Para tanto, o incentivo à diminuição da vida útil dos produtos promove a ideia de obsolescência. Os valores que permeiam a vida pós-modernas são líquidos e obsoletos. O desinteresse no reparo de bens danificados decorre desta visão atual de que apenas o novo e em perfeitas condições é bom e útil. A consequência, portanto, é o esgotamento dos recursos naturais e a má destinação dos resíduos, ocasionando danos ecológicos significativos. A lógica da obsolescência, criando necessidades infindáveis, prejudica tanto a natureza quanto a humanidade, deixando um legado negativo para as futuras gerações. O cenário atual exige uma reflexão sobre hábitos e comportamentos, além de uma reestruturação dos paradigmas que regem a sociedade de consumo. A ciência jurídica, neste contexto, tem um papel fundamental ao desenvolver instrumentos jurídicos que promovam o equilíbrio entre desenvolvimento e preservação ambiental. Em tempos de obsolescência, a partir da sustentabilidade e da economia circular, o direito ao reparo pode ofertar resposta dialogada entre a temática ecológica e os direitos do consumidor, estimulando-se, num ambiente de degradação da natureza e de desperdício produtivo, comportamentos sustentáveis, com repercussões positivas nas esferas social, econômica e ambiental.

Palavras-chave: obsolescência planejada; economia circular; direito ao reparo.

---

[1] Artigo apresentado como requisito para a obtenção, pelo autor Rafael Maas dos Anjos, do título de Pós-doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI no ano de 2024.

[2] Pós-doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI com estágio pós-doutoral na Universidade de Alicante, Espanha. Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI, em convênio de dupla titulação com a Universidade de Alicante, Espanha. Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo CESUSC. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, Brasil. Juiz de Direito do 20º Juízo da Vara Estadual de Direito Bancário. Juiz Auxiliar do Núcleo Jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Brasil. Email: rafamaas@gmail.com.

[3] Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Visiting Scholar da Elisabeth Haub School of Law - Pace University (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da Widener University – Delaware Law School (EUA) e da Universidad de Alicante (Espanha).

Abstract: The impact of human action on the environment has generated conflicts in the political, economic, social, cultural and legal spheres. These disputes are reflected in an environmental crisis, where reconciling socioeconomic development with environmental preservation is one of the greatest challenges of our time. The exacerbated consumerism of postmodernity requires the continuous presence of individuals in the markets. To this end, the incentive to reduce the useful life of products promotes the idea of obsolescence. The values that permeate postmodern life are liquid and obsolete. The lack of interest in repairing damaged goods stems from this current view that only new and in perfect condition are good and useful. The consequence, therefore, is the depletion of natural resources and the improper disposal of waste, causing significant ecological damage. The logic of obsolescence, creating endless needs, harms both nature and humanity, leaving a negative legacy for future generations. The current scenario requires a reflection on habits and behaviors, in addition to a restructuring of the paradigms that govern consumer society. In this context, legal science has a fundamental role in developing legal instruments that promote a balance between development and environmental preservation. In times of obsolescence, based on sustainability and the circular economy, the right to repair can offer a dialogued response between ecological issues and consumer rights, encouraging, in an environment of natural degradation and productive waste, sustainable behaviors, with positive repercussions in the social, economic and environmental spheres.

Keywords: planned obsolescence; circular economy; right to repair.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a relação entre a humanidade e a natureza passou por transformações significativas. O que antes era uma convivência mais equilibrada e cooperativa, evoluiu para uma interação marcada pela exploração intensa e pelo controle exercido pelo ser humano sobre o meio ambiente.

Na era pós-moderna, essa tensão está cada vez mais evidente. O impacto humano nos ecossistemas naturais tem sido agravado pelo crescimento populacional, aumento da industrialização, produção em larga escala e consumo excessivo. Desequilíbrio ambiental, pandemias, desastres climáticos, aquecimento global, entre outras manchetes costumeiras em mídias sociais e meios jornalísticos evidenciam o atual cenário de crise ambiental.

Dentro desse contexto, a estratégia de mercado que incentiva o consumismo por meio da obsolescência planejada potencializa danos aos

ecossistemas. Em verdade, nos dias atuais enfrenta-se um dilema: o desejável desenvolvimento econômico fomenta o consumismo para justificar mais empregos e produção industrial; porém, a obsolescência planejada utilizada como estratégia de mercado para mais consumo produz extração demasiada de recurso naturais e excesso de resíduos sólidos, com forte degradação ambiental e reflexos negativos para a humanidade.

Para resolver esse impasse, o direito deve buscar alternativas para restabelecer o equilíbrio na convivência entre ser humano e natureza, com base em novos paradigmas que promovam práticas mais sustentáveis. É possível então falar em economia circular e em sustentabilidade como pilares, tanto teórico quanto práticos, para a geração de incentivos na formação de uma nova consciência ecológica, estimulando-se ações que reúnam os interesses ambientais, sociais e econômicos, em uma composição de atividades e valores em prol da perpetuação da vida no planeta.

A manutenção do atual estilo de vida dos indivíduos prenuncia um cenário de danos. Mudanças são necessárias. A obsolescência não é prática ambientalmente adequada, tampouco protetiva daqueles que movimentam o mercado consumidor. Melhorar a gestão dos produtos defeituosos, qualificar a informação ofertada a consumidores, mitigar os resíduos e os rejeitos são ações ambientalmente adequadas e que contribuem para o fortalecimento do consumo sustentável.

O direito ao reparo de produtos e equipamentos se apresenta como garantia fundamental para a redução do desperdício e a melhor gestão dos recursos. É preciso reinserir na essência do homem pós-moderno o reparo como solução viável frente à crise de resíduos e à escassez de recursos naturais.

Esse estudo, com base no método dedutivo e em uma revisão bibliográfica, analisa o direito ao reparo como uma medida sustentável crucial para o equilíbrio ambiental, a justiça social e uma ordem jurídica mais justa no contexto da pós-modernidade.

1 A CRISE AMBIENTAL DA PÓS-MODERNIDADE

A crise ambiental está no centro dos debates contemporâneos, sobretudo devido ao impacto profundo das atividades humanas acerca da natureza.

O conceito de meio ambiente é amplo e, por vezes, controverso. O termo "meio ambiente" é comumente utilizado para descrever o habitat dos seres vivos, abrangendo tanto os elementos físicos quanto biológicos que formam um conjunto essencial e harmonioso para a vida.

Esse conceito inclui o ser humano como parte de um complexo de relações econômicas, sociais e políticas que derivam da apropriação dos recursos naturais. A definição legal de meio ambiente, estabelecida há mais de quatro décadas pela Lei n. 6.938/81, refere-se ao “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”[4].

Com base nessa concepção, é possível observar a recorrência de desastres ambientais no Brasil, como as tragédias de Mariana e Brumadinho[5], os incêndios que causam desmatamento na Amazônia e no Pantanal[6], entre outros exemplos de graves danos à natureza. Mais recentemente, a tragédia climática no Rio Grande do Sul reacendeu o debate sobre o impacto das ações humanas nos ecossistemas[7]. Em escala global, a pandemia de 2020 também foi apontada como um resultado das transformações no comportamento humano em relação aos biossistemas, com consequências abrangentes para o meio ambiente[8].

---

[4] BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 ago. 2024.

[5] MORTARI, Marcos. De Mariana a Brumadinho: como a tragédia se repete 3 anos depois e o que mudou de lá para cá? Infomoney, 2019. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/de-mariana-a-brumadinho-como-a-tragedia-se-repete-3-anos-depois-e-o-que-mudou-de-la-para-ca/>. Acesso em: 27 ago. 2024.

[6] BARBOSA, Vanessa. E a Amazônia? Incêndios florestais ganham as redes sob silêncio do governo. Exame, 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/e-a-amazonia-incendios-florestais-ganham-as-redes-sob-silencio-do-governo/>. Acesso em: 27 ago. 2024.

[7] ANDRADE, Márcia Cristiane Kravetz. Catástrofe no Rio Grande do Sul: impactos e necessidades da sustentabilidade. CNU, 2024. Disponível em: <https://www.uninter.com/noticias/catastrofe-no-rio-grande-do-sul-impactos-e-necessidades-da-sustentabilidade>. Acesso em: 20 jun. 2024.

[8] CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A relação entre o meio ambiente e a pandemia de coronavírus. Consultor jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-

Historicamente, a relação entre o ser humano e a natureza é marcada pela constante modificação dos espaços naturais para melhorar as condições de vida, bem-estar e conforto. Desde a pré-história, o homem desenvolveu ferramentas e técnicas para superar suas limitações físicas, impactando o meio ambiente de forma gradual. A domesticação de animais e, posteriormente, o desenvolvimento da agricultura permitiram a fixação de comunidades humanas, intensificando a transformação da natureza.

A construção de civilizações e cidades levou a uma intervenção cada vez mais acentuada no ambiente natural, exemplificada por grandes obras como a construção de pirâmides, o desvio de cursos d'água e o desmatamento sistemático.

No dizer de Vaz, a evolução histórica da humanidade é marcada por ciclos; "há, por assim dizer, uma espécie de espiral de fases que vão se sucedendo no tempo, e que, de uma forma mais ou menos regular, representam rupturas (cortes), ascensão, auge e declínio"[9].

Na era moderna o Estado e o Direito foram lapidados. A valorização da razão e do indivíduo foi construída sob bases sólidas. O mundo era sólido. Capital e trabalho coexistiam em uma relação que oscilava entre momentos de cooperação e de conflito. A produção e as atividades industriais, conduzidas por imensos maquinários, aconteciam dentro de cercas físicas e simbólicas, unificadas pelo som dos apitos das fábricas. As utopias ainda estavam vivas, os objetivos pareciam claros e os dilemas principais giravam em torno dos meios a serem empregados para construir uma sociedade justa, onde a natureza, embora frequentemente tocada pela intervenção humana, ainda era abundante e possuía a capacidade de regeneração. A relação tempo e espaço era próxima. O distante geográfico era desconhecido e inalcançável; longe significava tarde[10].

Se o fator tempo para atingir um determinado local era relevante, faziam

---

28/ambiente-juridico-relacao-entre-meio-ambiente-pandemia-coronavirus>. Acesso em: 11 jun. 2020.

[9] VAZ, Paulo Afonso Brum. Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016, p. 32.

[10] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

sentido o expansionismo territorial e o chegar primeiro. Essa modernidade sólida foi se dissolvendo, em boa medida pelo aperfeiçoamento da tecnologia, no contexto da globalização.

Abreu lembra que aquele período tido por moderno mudou ante a convergência histórica de três processos independentes: a revolução da tecnologia e da informação (tecnologia e ciência); a crise econômica do capitalismo e do estatismo e a sua reestruturação; o apogeu dos movimentos socioculturais (ambientalismo, direitos humanos, feminismo...)[11].

Capra acrescenta:

> [...] a Revolução da Informática ajudou a trazer à luz uma nova economia global – um capitalismo rejuvenescido, flexível e enormemente ampliado. Como enfatiza Castells, esse novo capitalismo é profundamente diferente do que se formou durante a Revolução Industrial e do que surgiu depois da Segunda Guerra Mundial. Caracteriza-se por três traços fundamentais: suas principais atividades econômicas são globais; suas principais fontes de produtividade e competitividade são a inovação, a geração de conhecimento e o processamento de informações; e ele se estrutura principalmente em torno de redes de fluxos financeiros.[12]

Na fluidez dos tempos atuais, o capital tornou-se volátil e o eixo espaço-temporal se desfez, com territórios de fronteiras ultrapassáveis e livre circulação de riquezas. A soberania, antes incontestável, agora enfrenta um poderoso adversário: a fluidez do mercado internacional. Bauman discorre sobre as marcas da contemporaneidade:

> O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece "pesada" (contra a "leve" modernidade contemporânea); melhor ainda, "sólida" (e não "fluida", "líquida" ou "liquefeita"); condensada (contra difusa ou "capilar"); e, finalmente, "sistêmica" (por oposição a "em forma de rede".[13]

O desejo de algo eternamente útil perdeu sua razão de existir. O duradouro é algo velho e o velho é para quem não pode comprar a novidade. Produtos e vínculos, na modernidade fluida, são transitórios, fadados não mais a antiquários e

---

[11] ABREU, Pedro Manoel. Jurisdição e Processo: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 32.
[12] CAPRA, Fritjof. As Conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 148.
[13] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 36.

a jubileus, mas a usinas de reciclagem e a divórcios. Aquilo que sofre avaria ou apresenta defeito deve ser substituído pelas novidades do mercado. Reparar, recuperar e restaurar são verbos pouco praticados. Conjuga-se o adquirir, o comprar, o ter; consequentemente, passaram a predominar ações como descartar, jogar fora, desprezar. Não reparar tornou-se atitude irreparável.

As questões fundamentais para a construção de uma comunidade ecologicamente equilibrada foram deixadas em segundo plano. Na pós-modernidade, os seres humanos tornaram-se consumidores frenéticos, perdendo o sentido da cidadania ao se encantarem com a infinidade de mercadorias, suas cores, sabores, brilhos e aromas.

O consumo contínuo, aliado à multiplicidade de escolhas e à busca incessante pela última tendência, fragmenta a vida em pequenas satisfações que se dissipam a cada compra, apenas para serem substituídas rapidamente pelo desejo de uma nova aquisição. Nesse cenário, vive-se o paradoxo de obter satisfações passageiras, sempre acompanhadas pela sensação de vazio, sem jamais alcançar uma satisfação plena.

O hiperindividualismo[14] compromete a visão de sociedade. Os laços entre as pessoas enfraqueceram, reduzindo-se ao mínimo indispensável. As relações tornaram-se descartáveis, assim como as mercadorias, e o intenso desejo de consumir acaba por limitar a tão proclamada preocupação com o meio ambiente, que se estende apenas até o ponto em que não afete os hábitos de consumo. Na visão de Bauman:

> A liberdade de tratar o conjunto da vida como uma festa de compras adiadas significa conceber o mundo como um depósito abarrotado de mercadorias. Dada a profusão de ofertas tentadoras, o potencial gerador de prazeres de qualquer mercadoria tende a se exaurir rapidamente. Felizmente para os consumidores com recursos, estes os garantem contra consequências desagradáveis como a mercantilização. Podem descartar as posses que não mais querem com a mesma facilidade com que podem adquirir as que desejam. Estão protegidos contra o rápido envelhecimento e contra a obsolescência planejada dos desejos e sua satisfação transitória[15].

[14] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. Os tempos hipermodernos. Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015.
[15] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 114.

Se o destino da sociedade está profundamente ligado ao crescimento econômico e o sucesso depende de um aumento constante da demanda, exigindo o uso contínuo de recursos naturais finitos, a questão da sustentabilidade deixa de ser uma simples reflexão acadêmica ou um capricho de ambientalistas. A economia circular, da mesma forma, precisa se tornar prática juridicamente estimulada. Com uma pequena ponta de otimismo, Lipovetsky comenta:

> Enquanto o mercado estende a sua "ditadura" do curto prazo, as preocupações relativas ao futuro planetário e aos riscos ambientais assumem um lugar primordial no debate coletivo. Perante as ameaças da poluição atmosférica, das mudanças climáticas, da erosão da biodiversidade, da contaminação dos solos, afirmam-se as ideias de "desenvolvimento sustentável" e de ecologia industrial, com o encargo de transmitir um ambiente viável às gerações que nos sucederem. Multiplicam-se igualmente os modelos de simulação de cataclismos, as análises de risco à escala nacional e planetária, os cálculos probabilísticos destinados a conhecer, a avaliar e a controlar os perigos. Morrem as utopias coletivas, mas intensificam-se as atitudes pragmáticas de previsão e de prevenção técnico-científicas. Se o eixo do presente é dominante, ele não é absoluto, a cultura de prevenção e a "ética do futuro" fazem ressaltar os imperativos do futuro menos ou mais distante[16].

É possível reconhecer a peculiaridade e singularidade do momento atual, um período distinto e sem precedentes devido à combinação de suas características. Refere-se a ele como pós-modernidade. Para Giddens, a pós-modernidade é o período histórico seguinte à modernidade, definido com menos clareza, menos pluralístico e menos socialmente diversificado do que a modernidade que o precedeu. Costuma-se dizer que a pós-modernidade começou a se desenvolver a partir do início dos anos 1970[17].

Bittar explica que "a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isso é fato"[18]. E prossegue: "suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores [...], ainda permeiam grande parte das práticas

---

[16] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. Os tempos hipermodernos. Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 72-73.
[17] GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. Conceitos essenciais da sociologia. Tradução de Claudia Freire. São Paulo: Editora Unesp, 2016, p. 207.
[18] BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. 3. ed. mod. e atualiz., São Paulo: Atlas, 2014, p. 87.

institucionais e sociais, de modo que simples superação imediata da modernidade é ilusão"[19].

Em verdade, não há unanimidade a respeito das denominações atribuídas a este momento em que a humanidade se encontra. Vaz oferece algumas denominações:

> [...] pós-modernidade, hipermodernidade, modernidade tardia, modernidade reflexiva, nova fase da modernidade, modernidade líquida, modernidade da modernidade, segunda modernidade, alta modernidade, modernidade desorganizada e outras tantas, todas com razões relevantes.[20]

Para o presente artigo, contudo, o que basta é compreender que vivemos na pós-modernidade, período histórico seguinte à modernidade e marcado por paradoxos: há fartura de alimentos, mas comida de baixa qualidade; grandes distâncias são percorridas em menos tempo, mas as pessoas se isolam mais; avanços científicos coexistem com incertezas globais; há mais conforto e bem-estar, mas à custa da exploração de recursos naturais; produtos incríveis pelo grau de desenvolvimento e pela utilidade ofertada que duram pouco mais de um ano.

Esse é o cenário atual, de progresso e bem-estar, mas sujeito a constantes catástrofes e tragédias – notadamente ambientais –, que colocam em risco a existência humana. Os recursos naturais têm se esgotado a fim de atender a demanda consumista pós-moderna e a extração e os rejeitos do consumo impactam o meio ambiente, ocasionando danos.

É imprescindível promover condutas e práticas ambientalmente responsáveis que reduzam o impacto destrutivo das ações humanas sobre os ecossistemas. A sustentabilidade está no centro dessas discussões. A sociedade de consumo e seus hábitos predatórios estão intimamente ligados ao conceito de sustentabilidade, especialmente na forma abordada neste artigo. Semelhantemente, a economia circular surge como um modelo econômico

---

[19] BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. 3. ed. mod. e atualiz., São Paulo: Atlas, 2014, pp. 87-88.

[20] VAZ, Paulo Afonso Brum. Juizado Especial Federal: contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 34-35.

fundamental, pois visa à redução do desperdício e à maximização do uso de recursos por meio do reaproveitamento, reciclagem e reparo de produtos.

O direito ao reparo, ao congregar prática sustentável num viés de circularidade de insumos e resíduos, é lançado como garantia jurídica em favor da preservação dos recursos naturais e da longevidade de produtos, capaz de fomentar viabilidade econômica, justiça social e adequação ambiental[21].

2 PÓS-MODERNIDADE OBSOLETA

Na pós-modernidade, aos indivíduos têm sido impostas enormes transformações no seu modo de vida. Isto decorre, em boa parte, da crise dos valores que sedimentam este novo momento histórico em que se encontra a humanidade.

Para Neto, a pós-modernidade "é a dimensão sociocultural da sociedade pós-industrial, fulcrada em valores diferentes à anterior quadra moderna, nomeadamente a diversidade, a fragmentação, a ética hedonista, o niilismo, o voyeurismo, a entropia e o ecletismo"[22].

É justamente nesta quadra histórica que ousamos chamar de pós-modernidade que se fundou uma sociedade de consumidores. O acelerado progresso tecnológico e científico contribuiu, é fato, para a melhoria da vida no planeta; entretanto, a necessidade de manutenção do sistema econômico e dos modos de produção, impulsionando e incentivando o consumo excessivo, acarreta danos para a civilização.

A propósito, a distinção entre consumo e consumismo se faz necessária. Para Dias:

> Enquanto o consumo é considerado a ação de consumir ou gastar produtos de diversos tipos, com a característica de serem utilizados para o bem-estar do ser humano e satisfazer suas necessidades imediatas, o consumismo é entendido como o consumo de produtos não necessários e rapidamente substituíveis por outros, igualmente desnecessários e de

[21] BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é: o que não é. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
[22] NETO, José Affonso Dallegave. Pós-modernidade, espiritualidade e o direito à felicidade. In FERREIRA, Abner et al. Direito e cristianismo. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Betel, 2017, p. 224.

> pouca duração[23].

De fato, a humanidade, desde há muito, elegeu como seu principal objetivo o progresso. Fala-se em sociedade de produtores. Para o alcance da finalidade de crescimento infinito, a sociedade pós-moderna aposta em inovações tecnológicas e científicas e em formas produtivas aceleradas e complexas.

Apontando efeitos desse ideal crescimentista, Moraes destaca que a sociedade de produtores, "cujo ideal de desenvolvimento confunde-se com o de crescimento, inverteu a lógica tradicional de a demanda impulsionar a produção, forjando uma cultura consumista fundadora de uma nova sociedade: a sociedade de consumidores"[24].

Vivem-se dias de consumo exacerbado. O consumismo, nos dias atuais, fomenta a atividade produtiva. De um lado existem empresas que necessitam incentivar o consumo de produtos, produtos estes que devem ser utilizados e descartados. De outro lado, existe uma mídia agressiva que quer estimular a venda, criando necessidades e desejos a fim de permitir que a produção em massa escoe. A publicidade agressiva nos alcança a cada minuto, seja pela televisão, seja ao andarmos nas ruas e ao olharmos *outdoors*, seja na internet, seja no *smartphone*.

Tudo isso gera hábitos do consumo que, quando saem do controle, convertem-se em consumismo. Pertencemos a uma sociedade consumista, compulsiva e obsessiva.

Para Bauman, o que caracteriza o consumismo não é acumular bens, mas usá-los e descartá-los em seguida a fim de abrir espaço para outros bens[25].

Dias ressalva um dos paradoxos dos dias atuais:

> Atualmente, de modo paradoxal, muitas empresas utilizam estratégias de comercialização de produtos utilizando argumentos ambientais.

---

[23] DIAS, Reinaldo. Sustentabilidade: origem e fundamentos; educação e governança global; modelo de desenvolvimento. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 114-115.
[24] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.
[25] BAUMAN, Zygmunt. Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 69.

> Proclamam que seus produtos são amigáveis com a natureza, não exploram de forma predatória os recursos naturais e controlam a sua destinação final, recolhendo as embalagens, reciclando-as, e assim por diante. Embora algumas dessas empresas estejam sinceramente envolvidas com a sustentabilidade, não é o caso da maioria delas, que na verdade utilizam o argumento verde somente para aumentar suas vendas e atingir um público sensível a essas questões. Muito material publicitário na verdade é propaganda enganosa, ou greenwashing (lavagem verde), que procura elaborar uma publicidade que transmita ao consumidor uma imagem de empresa ecologicamente correta.[26]

Além do padrão exagerado de consumo e da publicidade agressiva que estimula as compras, a facilidade de acesso ao crédito também tem sido um importante ingrediente para o viés social consumista.

Veja-se que no passado recente, as pessoas organizadas poupavam pacientemente até poder comprar. Hoje em dia o crédito fácil inverteu esta lógica: antes era poupar para ter; hoje é endividar para ter.

As armadilhas de crédito circundam os indivíduos. As empresas de crédito vivem dos lucros gerados pelos tomadores de empréstimo. As pessoas que se recusam a fazer empréstimos e vivem poupando não possuem utilidade para as empresas de crédito. Já as pessoas que se endividam pesadamente e contraem empréstimos "acima de suas posses/capacidades" são recebidas com alegria pelas empresas de crédito, uma vez que se mantêm como eternas pagadoras de juros, tornando-se fonte constante de lucro das referidas empresas[27].

Na fluidez dos novos tempos, o capital tornou-se volátil. Para Moraes,

> Esta economia crescimentista, ditadores das regras sociais na sociedade de consumidores, se alimenta do movimento das mercadorias e é considerada em alta quando o dinheiro muda de mãos rapidamente; e sempre que isso acontece, alguns produtos de consumo estão viajando para o depósito de lixo.[28]

Quebrado o eixo espaço-temporal, com os movimentos dos oponentes beirando à instantaneidade, mais do que conquistar novos territórios, passou a ser

---

[26] DIAS, Reinaldo. Sustentabilidade: origem e fundamentos; educação e governança global; modelo de desenvolvimento. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 115-116.
[27] BAUMAN, Zygmunt. 44 cartas do mundo líquido moderno. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 64.
[28] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 211.

decisivo romper as barreiras da livre circulação das riquezas. O soberanismo de antes tornou-se um inconveniente dique na fluidez dos negócios internacionais.

Capra discorre sobre a denominada nova economia:

> [...] a Revolução da Informática ajudou a trazer à luz uma nova economia global – um capitalismo rejuvenescido, flexível e enormemente ampliado. Como enfatiza CASTELLS, esse novo capitalismo é profundamente diferente do que se formou durante a revolução industrial e do que surgiu depois da segunda guerra mundial. Caracteriza-se por três traços fundamentais: suas principais atividades econômicas são globais; suas principais fontes de produtividade e competitividade são a inovação, a geração de conhecimento e o processamento de informações; e ele se estrutura principalmente em torno de redes de fluxos financeiros.[29]

Completa:

> Nessa nova economia, o capital financeiro funciona "em tempo real", movimentando-se rapidamente pelas redes financeiras internacionais. A partir dessas redes, ele é investido em atividades econômicas de todo tipo, e a maior parte dos lucros são redirecionados para a meta-rede de fluxos financeiros. As tecnologias sofisticadas de informática e telecomunicações permitem que o capital financeiro mova-se rapidamente de uma opção a outra numa incansável busca de oportunidades de investimento pelo planeta inteiro, o que faz com que as margens de lucro no mercado financeiro sejam, em geral, muito mais altas do que na maioria dos investimentos diretos. Por isso, todos os fluxos de dinheiro convergem, em última análise, para as redes financeiras internacionais, sempre à procura de ganhos maiores.[30]

Bauman expõe as marcas da pós-modernidade – modernidade líquida:

> O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece "pesada" (contra a "leve" modernidade contemporânea); melhor ainda, "sólida" (e não "fluida", "líquida" ou "liquefeita"); condensada (contra difusa ou "capilar"); e, finalmente, "sistêmica" (por oposição a "em forma de rede)".[31]

Aponta-se, então, uma sociedade consumista, submetida a uma mídia agressiva e que possui boas condições de crédito para satisfação dos seus desejos de compra.

---

[29] CAPRA, Fritjof. As Conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 148.
[30] CAPRA, Fritjof. As Conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 148.
[31] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 36.

No dizer de Oliveira, o “consumismo, como recurso do capitalismo para a supressão de suas crises de superprodução, depende de técnicas de estímulo ao consumo, vide: a publicidade, a venda a crédito e a programação de obsolescência”[32].

Nesse cenário, o mercado busca fomentar estratégias que favoreçam o consumismo, a fim de movimentar o sistema econômico e os modos de produção industrial e comercial. Dentre os ingredientes que estimulam o consumo e citados anteriormente – publicidade, venda a crédito e programação da obsolescência –, passa-se a discorrer com maiores detalhes a respeito do último.

A obsolescência encontra-se entre as estratégias mercadológicas. Pode ser definida como “a expressão comum utilizada para descrever as mais diversas técnicas adotadas para limitar artificialmente a durabilidade dos produtos manufaturados com o objetivo de estimular o consumo repetitivo”[33].

Em outras palavras, trata-se de um conjunto de técnicas empresariais voltadas para a redução artificial da durabilidade de um bem manufaturado a fim de estimular o seu reiterado consumo. De modo inverso, não é interessante em termos de estratégia de mercado a existência de um produto que não se desgasta, deteriora ou deprecia.

A ideia de obsolescência planejada, conforme historiadores relatam, tem seu surgimento no século XIX, “quando o primeiro cartel mundial de que se tem notícia, conhecido como Phoebus, formado por fabricantes de lâmpadas de todo mundo, decidiu que a vida útil de seus produtos deveria ser deliberadamente reduzida por meio de novas tecnologias”[34]. Tal prática obrigou os consumidores da época a adquirirem novas lâmpadas e, por conseguinte, aumentaram as

[32] OLIVEIRA, Luísa Bresolin de. Contributos para uma legislação específica de prevenção de resíduos eletroeletrônicos inspirados na diretiva 2012/19/EU. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129004/328516.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 ago. 2024, p. 26.
[33] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 212.
[34] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 212.

vendas do referido produto.

No século XX, por sua vez, as práticas empresariais com o objetivo de aumento das vendas e da massificação de produção se ampliaram e diversificaram.

Atualmente é possível apontar três formas diferentes de obsolescência planejada: a) pela qualidade; b) pela função; e/ou c) pela desejabilidade. Estes três tipos de obsolescência planejada podem ocorrer conjunta ou separadamente, conforme ensina Moraes[35].

A **obsolescência planejada de qualidade (ou programada)** é a que ocorre quando "o produtor deliberadamente projeta o tempo de vida útil do produto, desenvolvendo técnicas ou materiais de qualidade inferior, antevendo sua quebra ou desgaste para redução de sua durabilidade e aumento dos lucros e das vendas"[36]. Como exemplo cita-se o caso dos fabricantes de lâmpadas supracitado, que programaram no seu produto um tempo de vida útil mais adequado à sua necessidade mercadológica.

A **obsolescência planejada de função (ou funcional)** é a que se dá quando um produto se torna obsoleto a partir do "lançamento de outro produto no mercado, ou do mesmo produto com melhoramentos, capaz de executar a mesma função do antigo de forma mais eficaz"[37]. Um exemplo desta modalidade de obsolescência planejada é o mercado de automóveis, que anualmente insere novos modelos dispondo de novas e modernas tecnologias. A indústria dos aparelhos telefônicos celulares é outro exemplo importante.

Por fim, a **obsolescência planejada de desejabilidade (ou psicológica, de estilo ou perceptível)** é a aquela que acontece quando um produto torna-se

---

[35] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 212.

[36] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 212.

[37] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 213.

"defasado em decorrência de sua aparência, seu design, deixando-o menos desejável"[38]. Exemplo a respeito pode também ser extraído da indústria automobilística quando os modelos de automóveis não sofrem avanços tecnológicos, mas somente mudanças estéticas que geram no consumidor o sentimento de que necessitam trocar seu bem a fim de adequar-se a um novo estilo. Note-se que este terceiro tipo de obsolescência planejada não torna um produto exatamente obsoleto, mas sim defasado, porquanto permanece útil e em condições de uso, em que pese sua aparência tenha alterado.

Como se vê, em todos os casos citados o mercado cria alternativas para o consumo progressivo. A multiplicidade de opções de bens, a necessidade de constantes trocas de produtos com vida útil limitada, os avanços tecnológicos e a perseguição incessante da última moda das mercadorias, fragmenta a vida em satisfações que se esvaem a cada compra para, quase de imediato, darem lugar ao desejo do retorno ao mercado, para uma nova aquisição.

Pela variedade de alternativas que o mercado nos oferece, em estratégia planejada de obsolescência, vive-se o paradoxo de ter satisfações momentâneas, sempre entremeadas pela sensação de vazio de quem nunca experimentará *a satisfação*. É a dinâmica da pós-modernidade que produz a multidão solitária da *black friday* ou as enormes filas das grandes liquidações – um aglomerado caótico de indivíduos com um objetivo comum, qual seja, a compra pela simples compra.

Nesse contexto, a vontade aguda de consumir inevitavelmente faz com que a por vezes propalada preocupação com o meio ambiente vá até onde não prejudique a libertação fugidia que os centros comerciais proporcionam. Na dizer de Bauman,

> A liberdade de tratar o conjunto da vida como uma festa de compras adiadas significa conceber o mundo como um depósito abarrotado de mercadorias. Dada a profusão de ofertas tentadoras, o potencial gerador de prazeres de qualquer mercadoria tende a se exaurir rapidamente. Felizmente para os consumidores com recursos, estes os garantem contra consequências desagradáveis como a mercantilização. Podem descartar as posses que não mais querem com a mesma facilidade com

[38] MORAES, Kamila Guimarães. Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI. In LEITE, José Rubens Morato et al. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 214.

> que podem adquirir as que desejam. Estão protegidos contra o rápido envelhecimento e contra a obsolescência planejada dos desejos e sua satisfação transitória.[39]

Se o destino da sociedade está fortemente atrelado à economia e ao mercado, e o sucesso destes depende de um gradativo incremento da demanda, a reclamar o emprego progressivo de recursos finitos encontrados na natureza, a ciência do direito necessita apontar um caminho para que o colapso não seja o desfecho único.

O tema da sustentabilidade, portanto, aparece como importante alternativa, não se tratando de mera elucubração acadêmica ou um capricho de ambientalistas. Com uma pequena ponta de otimismo, Lipovetsky comenta:

> Enquanto o mercado estende a sua "ditadura" do curto prazo, as preocupações relativas ao futuro planetário e aos riscos ambientais assumem um lugar primordial no debate coletivo. Perante as ameaças da poluição atmosférica, das mudanças climáticas, da erosão da biodiversidade, da contaminação dos solos, afirmam-se as ideias de "desenvolvimento sustentável" e de ecologia industrial, com o encargo de transmitir um ambiente viável às gerações que nos sucederem. Multiplicam-se igualmente os modelos de simulação de cataclismos, as análises de risco à escala nacional e planetária, os cálculos probabilísticos destinados a conhecer, a avaliar e a controlar os perigos. Morrem as utopias coletivas, mas intensificam-se as atitudes pragmáticas de previsão e de prevenção técnico-científicas. Se o eixo do presente é dominante, ele não é absoluto, a cultura de prevenção e a "ética do futuro" fazem ressaltar os imperativos do futuro menos ou mais distante.[40]

A sociedade de consumidores e seus hábitos predatórios tem total relação com a sustentabilidade, mormente na conformação que lhe é dada neste artigo. E a ciência do direito necessita de instrumentos jurídicos que funcionem como remédios a atacar as doenças da pós-modernidade.

3 CIRCULARIDADE E SUSTENTABILIDADE PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UM DIREITO AO REPARO

Direito, sociedade e meio ambiente se entrelaçam. O direito se apresenta

[39] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 114.
[40] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. Os tempos hipermodernos. Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 72-73.

como ciência capaz de regular as condutas humanas; a sociedade pressiona o direito para que este se adeque aos novos valores decorrentes de suas movimentações; e a natureza é o *locus*, o palco, o ambiente onde as interações humanas ocorrem.

De um lado, a sociedade pode pressionar o direito a mudanças. De outro lado, também é possível que o direito estimule a sociedade a adequar e ajustar seus comportamentos, promovendo-se transformações tidas por necessárias.

Os avanços da humanidade, as melhoras nas condições de vida, a dinâmica social, as inovações tecnocientíficas; o surgimento de novos direitos é também produto da conjugação de valores decorrentes do progresso e do desenvolvimento entre os povos.

Para Bobbio,

> [...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.[41]

Wolkmer, por sua vez, desvenda:

> Ainda que os chamados "novos" direitos nem sempre sejam inteiramente "novos", na verdade, por vezes, o "novo" é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial –, mas provém de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Assim, a conceituação de "novos" direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente.[42]

Nesse cenário, o direito ao reparo deve ser estimulado a fim de que o estado, em seu pronunciamento por meio de leis, normas e julgados, promova comportamento humano ambientalmente adequado na pós-modernidade.

---

[41] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 13 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

[42] WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 37.

Por meio da efetivação do direito ao reparo oportuniza-se melhores condições para o trato dos assuntos que delineiam uma gestão ambientalmente sustentável.

Explica-se. A lógica consumista tem promovido danos ao meio ambiente por meio da extração desmedida de recursos naturais, bem como pela má gestão dos resíduos sólidos pós-consumo, com especial atenção para as sobras de equipamentos eletroeletrônicos.

Além da alienação causada pelo consumismo, a obsolescência planejada, voltada para tornar um produto obsoleto, tem sido grande fator de estímulo para condutas consumistas no tocante à aquisição, troca e abandono de equipamentos eletroeletrônicos.

O *modus vivendi* estimula comportamentos voltados para o descarte e a substituição de aparatos eletrônicos com problemas, ainda que estes vícios sejam passíveis de conserto. A opção pelo reparo tem se tornado cada vez mais rara, distante, inoportuna economicamente e inviável socialmente.

Consertar ou reparar um bem elétrico ou eletrônico desde há muito tem deixado de ser alternativa de resposta às deficiências tecnológicas. Adquire-se um novo aparelho e descarta-se aquele cuja deficiência gerou incômodos. Como consequência, os resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos (REEE), também chamados de *e-lixo* ou *e-waste*, avolumam-se ao redor do mundo.

Nesse contexto, buscando-se um olhar restaurativo e regenerativo, uma determinada economia vem ganhando espaço no debate político, social e, por óbvio, econômico, notadamente na Europa, e se apresenta como importante proposta para o desenvolvimento de estratégias para minimizar a extração de recursos naturais e promover a eliminação de rejeitos: a economia circular.

A economia circular, também chamada de “economia do berço ao berço” ou “economia em ciclo fechado”[43], apresenta-se como alternativa em termos de modelo de gestão empresarial. É apontada como a revolução industrial do século XXI. Melgarejo Moreno assim conceitua economia circular:

[43] “El modelo de ‘economia circular’ há recibido varias denominaciones alternativas, entre elas que se encuentran: 'economia de la cuna a la cuna' o 'economia de bucle cerrado'” (Rodríguez-Magariños, 2019, p. 23).

> A economia circular é um conceito econômico que se interrelaciona com a sustentabilidade, e cujo objetivo é que o valor dos produtos, materiais e recursos (água, vidro, papel, metais, energia...) permaneçam na economia durante a o maior tempo possível, e que se reduza ao mínimo a geração de resíduos. Trata-se de implementar uma nova economia, circular - não linear -, baseada no princípio do fechamento do ciclo de vida de produtos, serviços, resíduos, materiais, água e energia.[44]

Defende-se a reutilização de produtos, peças e matérias-primas, em fases contínuas, sem o descarte no meio ambiente. Também exige novas etapas do ciclo produtivo, com vistas à reutilização e ao reaproveitamento, como a remanufatura, o reparo e a reciclagem, áreas de mão de obra intensiva e com grande potencial de criação de empregos[45]. Tendo em vista a insustentabilidade do modelo econômico linear, a economia circular se apresenta como uma nova economia para a sustentabilidade.

A economia circular consiste em um conceito multi-R. Melgarejo Moreno aponta 8Rs: repensar, redesenhar, reutilizar, reparar, remanufaturar, reciclar, recuperar e reduzir. Trata-se de uma das estratégias da Europa 2030 que pretende gerar um crescimento inteligente, sustentável e integrador[46].

A transição para uma economia circular é uma grande oportunidade para transformar a economia e torná-la mais sustentável, contribuindo para os objetivos climáticos e a conservação dos recursos globais, criando empregos em nível local e gerando vantagens competitivas[47] para todos.

É possível citar cinco transformações passíveis de aplicação pela economia

---

[44] MORENO, Joaquín Melgarejo. Agua y economía circular. In: J. Melgarejo, Congreso Nacional del Agua Orihuela: Innovación y Sostenibilidad, pp. 27-52. Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2019. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/88467/1/Congreso_Nacional_Agua_2019_27-52.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021, p. 29.

[45] OHDE, Carlos (org.). Economia circular: um modelo que dá impulso à economia, gera empregos e protege o meio ambiente. São Paulo: Netpress Books (edição digital), 2018, p. pos. 456 de 3743, 13%.

[46] MORENO, Joaquín Melgarejo. Agua y economía circular. In: J. Melgarejo, Congreso Nacional del Agua Orihuela: Innovación y Sostenibilidad, pp. 27-52. Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2019. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/88467/1/Congreso_Nacional_Agua_2019_27-52.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021, p. 29.

[47] "La transición hacia una economía circular es una magnífica oportunidad para transformar nuestra economía y hacerla más sostenible, contribuir a los objetivos climáticos y a la conservación de los recursos mundiales, crear puestos de trabajo a escala local y generar ventajas competitivas para Europa" (Moreno, 2019, pp. 27-28).

circular: (i) focar em qualidade (e não em quantidade) – ser menos ruim não é ser bom, o que implica que os resultados serão bons se houver troca de abordagem, de quantitativa para qualitativa; (ii) olhar os materiais como nutrientes, a fim de produzi-los de uma forma que se tornem cíclicos; (iii) refletir a respeito do destino dos materiais, ou seja, para onde vão – o lixo pode ser considerado um erro de design; (iv) pensar na saúde dos materiais – materiais tóxicos, por exemplo, não podem circular; (v) construir resiliência por meio da diversidade e de um olhar sistêmico[48].

Weetman ressalta a percepção de que a economia circular é uma economia para a sustentabilidade:

> Economia circular é o conceito de uma economia verdadeiramente sustentável, que funciona sem resíduos, poupa recursos e atua em sinergia com a biosfera. Em vez de encarar as emissões, os subprodutos e os bens danificados ou indesejados como "resíduos" ou "lixo", esses itens, na economia circular, tornam-se matéria-prima e insumos para um novo ciclo de produção.[49]

A economia circular, em termos conceituais, refere-se a um paradigma de ação que evoluiu do próprio conceito de sustentabilidade, compatibilizando a percepção econômica com os necessários cuidados ambientais em prol de um olhar de alcance social[50].

Voltando-se para o mercado, é possível destacar o reparo e mais cinco atividades correlatas, aptas a fomentar a economia circular, voltando-se para a prolongação da vida útil de equipamentos, o aumento do valor agregado de produtos e a desconsideração de uma visão linear de produção com foco no descarte:

> 1. Construa para durar. Trata-se de criar produtos de alta qualidade e muito duráveis, voltados para clientes que desejam pagar um preço mais alto pela qualidade e clientes que acessam produtos mais duráveis por

[48] WEETMAN, Catherine. Economia circular: conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. 1 ed. São Paulo: Autêntica Business (edição digital), 2019, p. 114.
[49] WEETMAN, Catherine. Economia circular: conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. 1 ed. São Paulo: Autêntica Business (edição digital), 2019, pos. 1213 de 9654 – 13%.
[50] AGUIAR, Leandro Katscharowski. Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular: desafio global para a construção do futuro sustentável. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2020, p. 126.

> meio de modelos de pagamento alternativos, como pagamento por serviço.
> 2. Acondicionamento, renovação. Restaura produtos usados, dirigidos a clientes sensíveis ao preço, que não se importam em comprar produtos que não sejam novos e que muitas vezes têm garantias e serviços complementares semelhantes aos novos. Também inclui o retrabalho do produto.
> 3. Transações para as quais um item usado é dado como parte do pagamento de outro item. Mercados de segunda mão.
> 4. Atualização: trata-se de adicionar novos recursos, funcionalidade ou moda, em vez de substituir o núcleo do produto. Destina-se a clientes mais interessados em consumir conteúdo, recursos e estilo do que os próprios produtos.
> 5. Sobressalente. Trata-se de substituir um recurso que se esgota mais rapidamente do que o produto. Também deve incluir o caso de reabastecimento de um recipiente (uma jarra ou tanque, por exemplo).
> 6. Reparo[51].

Nesse rol de seis atividades, que aponta o reparo e outras cinco medidas que estimulam a circularidade, verifica-se cenário importante de avanços sociais, econômicos e ambientais.

Dito isso, o direito ao reparo precisa ser ampliado, na medida em que se apresenta como ferramenta jurídica que garante aos consumidores, vulneráveis na relação com fabricantes e produtores, as informações pertinentes ao funcionamento e manutenção de seus produtos, bem como incentiva o acesso a preços justos no que se refere a peças de reposição necessárias para a adequada manutenção. Prosseguindo, a tutela deste direito ao conserto fomenta a necessária transparência para a promoção do entendimento do consumidor sobre o funcionamento de seus produtos, diagnosticando os defeitos e permitindo o necessário reparo a tempo e modo[52].

---

[51] *"1. Fabricar para durar. Se trata de crear productos de alta calidad, muy duraderos, dirigidos a clientes que están dispuestos a pagar un precio más alto por la calidad, y a clientes que acceden a productos más duraderos a través de modelos de pago alternativos, tales como el pago por servicio. 2. Acondicionamiento, renovación. Restaurar productos usados, dirigidos a clientes que son sensibles al precio, y que no les importa comprar productos que no son nuevos y que a menudo tienen garantías y servicios complementarios similares a los nuevos. También incluye reelaboración de productos. 3. Transacciones por las cuales se da un artículo usado como parte de pago de otro artículo. Mercados de segunda mano. 4. Actualización: se trata de incorporar características nuevas, funcionalidad o moda, en lugar de reemplazar el núcleo del producto. Dirigido a clientes más interesados en consumir contenido, funciones y estilo que en los propios productos. 5. Repuesto. Se trata de reemplazar una función que se agota más rápidamente que el producto. También habría que incluir el caso de volver a llenar un recipiente (una garrafa o depósito, por ejemplo). 6. Reparación"* (Cerdá; Aygun, 2016, p. 15).

[52] MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos

A mentalidade em prol da reparação deve ser estimulada por meio da doutrina, com desenvolvimento de textos a respeito; pela jurisprudência, por intermédio de decisões que considerem este importante direito de cunho socioambiental e consumerista; e pelo legislador, com propostas legislativas que consolidem o tema no ordenamento jurídico pátrio. É o que já se tem visto na Europa.

Recentemente, entrou em vigor a Diretiva (UE) 2024/1799 (União Europeia, 2024) sobre o direito ao reparo. Trata-se de marco representativo de avanço significativo nas políticas de consumo sustentável e na proteção ambiental dentro da União Europeia. A crescente preocupação com o descarte prematuro de bens e o impacto ambiental associado ao consumo desenfreado motivou a criação de normas que favorecem a reparação, em detrimento da substituição.

A referida diretiva estabelece três objetivos principais: (i) promover a reparação de bens, (ii) harmonizar o mercado interno e (iii) proteger o consumidor e o meio ambiente.

O incentivo à reparação visa a prolongar a vida útil dos produtos, contribuindo para a redução de resíduos e para um consumo mais sustentável. Ao facilitar o acesso dos consumidores a serviços de reparação, a diretiva busca evitar o descarte prematuro de bens, promovendo um modelo de consumo que privilegia a durabilidade dos produtos.

A uniformização das regras de reparação no território da União Europeia é essencial para eliminar barreiras ao funcionamento do mercado interno. A diretiva propõe a criação de normas comuns que regulem a prestação de serviços de reparação transfronteiriços, o que facilita o acesso dos consumidores a reparadores, independentemente da sua localização.

Ao garantir a reparabilidade dos bens, a diretiva europeia de 2024 não apenas fortalece os direitos dos consumidores, mas também promove a transição para uma economia circular. A redução de resíduos e a reutilização de bens são elementos centrais da estratégia ecológica da União Europeia, contribuindo para a

---

eletrônicos. Revista Multidisciplinar e de Psicologia, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em: 4 jul. 2024, p. 114.

mitigação das mudanças climáticas e a preservação dos recursos naturais.

Nesse rumo, a Diretiva 2024/1799 apresenta um conjunto de disposições que visam a regulamentar as obrigações dos fabricantes, facilitar o acesso dos consumidores à reparação e criar mecanismos de supervisão e aplicação.

A diretiva impõe aos fabricantes a obrigação de reparar os bens dentro dos parâmetros de reparabilidade definidos pela legislação da União Europeia. A reparação deve ser oferecida gratuitamente ou por um preço razoável, em prazo adequado, e, se necessário, um bem de substituição temporária deve ser disponibilizado ao consumidor. Além disso, os fabricantes têm a possibilidade de subcontratar os serviços de reparo, mantendo, contudo, a responsabilidade pela qualidade do serviço prestado.

Para garantir transparência e acessibilidade, a Diretiva Europeia em comento prevê a criação de um formulário europeu padronizado com informações detalhadas sobre as condições de reparação, tais como preço, prazo e serviços complementares disponíveis. Este formulário deverá ser disponibilizado aos consumidores gratuitamente, embora possa haver uma cobrança por diagnósticos técnicos necessários para a avaliação do defeito.

A Diretiva 1799 também estabelece a criação de uma plataforma digital europeia, que permitirá aos consumidores localizarem serviços de reparação, vendedores de bens recondicionados e iniciativas de reparação comunitária. Essa plataforma facilitará a busca por reparadores com base no tipo de bem, localização e condições de serviço, promovendo a interconexão entre consumidores e prestadores de serviços em toda a União Europeia.

Os fabricantes serão obrigados a fornecer informações claras e acessíveis sobre a reparação de seus produtos ao longo de toda a vigência da obrigação de reparação. Essas informações deverão ser disponibilizadas em local visível e em formato compreensível, garantindo que os consumidores conheçam seus direitos e saibam como exercê-los.

Para garantir o cumprimento efetivo das disposições da diretiva, os Estados-Membros devem adotar sanções proporcionadas e dissuasivas para infrações cometidas pelos fabricantes ou prestadores de serviços. A aplicação das

sanções é de responsabilidade das autoridades nacionais, que também devem adotar medidas de divulgação para informar os consumidores sobre seus direitos e sobre os mecanismos de aplicação desses direitos.

Os Estados-Membros são incentivados a adotar medidas adicionais para promover a reparação de bens, que podem incluir incentivos financeiros, campanhas de conscientização ou programas de capacitação em técnicas de reparo. A promoção ativa dessas políticas é crucial para fortalecer a cultura do reparo e incentivar a adoção de práticas sustentáveis pelos consumidores.

A Diretiva 2024/1799 ainda impõe aos Estados-Membros a obrigação de transpor suas disposições para o direito nacional e garantir a criação de mecanismos adequados nos ordenamentos jurídicos pátrios para sua implementação. As regras devem ser integradas de maneira a respeitar as liberdades fundamentais de prestação de serviços e de estabelecimento previstas nos Tratados da União Europeia, evitando conflitos entre as normas internas e o direito comunitário.

A Diretiva (UE) 2024/1799 sobre o direito ao reparo é uma iniciativa crucial para promover a sustentabilidade e a proteção ambiental no contexto do consumo moderno. Ao estabelecer regras claras sobre a reparação de bens, a União Europeia visa a reduzir o desperdício, promover a economia circular e garantir um elevado nível de proteção ao consumidor. A harmonização das normas de reparação e a criação de plataformas digitais são passos importantes para facilitar o acesso dos consumidores a serviços de reparação em todo o território europeu, contribuindo para um futuro mais sustentável.

Tal norma serve de referência para o implemento de medidas semelhantes no ordenamento jurídico brasileiro. A realidade nacional pode ser assim pontuada:

> 1. Atualização de celulares: as operadoras de telefonia costumam oferecer ao cliente celulares gratuitos ou a preços módicos quando da assinatura ou da renovação de contratos. Como recusar a oferta de um modelo mais moderno com diferentes toques, timbres e cores e arriscar que o velho apresente defeito no meio do contrato? O consumidor não resiste e lá vão milhares de celulares ainda em funcionamento para o lixo!
> 2. Conversão para TV digital: no maior plano governamental de obsolescência planejada, em 2009 testemunhamos o fim das transmissões de TV analógica, substituídas pela TV digital. Milhões de

> aparelhos perfeitos se tornaram inúteis sem o uso de um conversor especial. Além disso, a dificuldade de obtê-lo acabou sendo um estímulo à compra de uma nova tela plana ou HDTV. E para cada TV descartada, cerca de dois a quatro quilos de chumbo foram depositados em aterros sanitários.
> 3. Atualização de softwares: com frequência, novos softwares não rodam em máquinas velhas, pois lhes falta a memória ou a velocidade de processamento, o que inviabiliza o funcionamento de computadores antigos e perfeitamente funcionais. Por exemplo, quando a Microsoft lançou seu sistema operacional Vista, provocou um pico no fluxo de e-lixo. A complexa mistura de plásticos, metais e vidros nos computadores os torna realmente difíceis de reciclar.
> 4. Problemas com bateria: às vezes é tão difícil acessar e trocar a bateria de um eletrônico que as pessoas simplesmente preferem comprar um aparelho novo. Minha filha adorava um livro da Vila Sésamo que incluía um telefone através do qual ela simulava ligar para os personagens para ouvir, como resposta, mensagens gravadas. Quando a bateria acabou, tive que pagar mais do que o custo original do livro por uma substituta. Os iPods da Apple apresentam os mais infames desafios em termos de bateria; a menos que você seja um mago da eletrônica, não consegue trocá-la sozinho. É preciso mandar a usada à Apple para receber outra, o que implica o pagamento de uma taxa e a perda de tudo que está armazenado no aparelho. Com o preço dos iPods declinando, por que ter tanto trabalho?
> 5. Impressoras descartáveis: elas custam tão pouco (às vezes menos que cartucho de tinta) que podem vir de graça na compra de um computador. E conseguir falar com um ser humano real no SAC do fabricante para perguntar como proceder diante de um defeito pode ser bem mais desgastante do que ir a uma loja e adquirir uma impressora nova[53].

Infelizmente a lógica do mercado nacional reproduzida acima tem gerado impactos nefastos ao meio ambiente. Tem sido mais vantajoso comprar um produto novo do que reparar um bem danificado.

A reutilização de produtos e seus componentes, a reparação, a atualização, a reelaboração e o marketing são estratégias relevantes para ganhos econômicos na estrutura de produção das empresas. Além disso, gera incremento social ao ofertar novos empregos e diminuição das desigualdades. Em arremate, ao fomentar-se o reparo e a reutilização de produtos e bens, contribui-se para a conservação dos ativos físicos das matérias primas, assim como da energia incrustada em produtos e componentes[54].

Para o alcance prático de medidas sustentáveis, uma resposta jurídico-ambiental aos dilemas decorrentes dos REEE pode ser encontrada nos direitos do

[53] LEONARD, Annie. A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar (edição digital), 2011, p. 114.
[54] CERDÁ, Emilio; AYGUN, Khalilova. Economía circular. Economía industrial, n. 401, Madrid: Ministerio de Ciencia y Tecnología, 2016, p. 15.

consumidor. Normas consumeristas que se somam às garantias ambientais podem criar obrigações para a mais adequada gestão de resíduos. A legislação consumerista fortalecida pelas normas em prol do meio ambiente oferece alternativas para os necessários incentivos jurídicos capazes de fomentar comportamentos sustentáveis nesta temática.

As relações de consumo encontram amparo há mais de três décadas na Lei n. 8.078/1990[55], que dispões sobre a proteção ao consumidor e aponta a política nacional das relações de consumo, definindo obrigações para fabricantes, produtores, construtores e demais agentes fornecedores.

A política nacional de resíduos sólidos, por sua vez, é disciplinada na Lei n. 12.305/2010[56], que promove gestão integrada e gerenciamento de resíduos e rejeitos, com fixação de responsabilidades aos geradores de lixo e também ao poder público.

Assim esclarecido, volta-se neste breve texto um olhar para as contribuições que a lei do consumidor oferece ao tema direito ao reparo. Com efeito, o art. 4º da Lei n. 8.078/1990 apresenta rol de princípios que devem reger as relações de consumo, com ênfase para os princípios da transparência (CDC, art. 4º, caput), da vulnerabilidade (CDC, art. 4º, inc. I) e da informação (CDC, art. 4º, IV).

O princípio da transparência exige boa-fé das partes envolvidas nas relações de consumo, repudiando condutas ardilosas e que causem danos. Há um dever recíproco de lealdade e boa-fé que deve prevalecer antes, durante e depois da relação contratual[57].

O princípio da vulnerabilidade ressalta que o consumidor é parte frágil e

---

[55] BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2024.

[56] BRASIL. Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Art. 3º, inc. VIII. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>. Acesso em: 21 jun. 2024.

[57] MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos eletrônicos. Revista Multidisciplinar e de Psicologia, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em 04 jul. 2024, p. 178.

vulnerável nas relações de consumo, hipossuficiente diante do poderio, conhecimento técnico e dos meios de produção do fornecedor de produtos e serviços. Diante disso, o CDC procura restabelecer o equilíbrio nessa relação desigual, fomentando obrigações para os fabricantes e produtores de mercadorias a serem consumidas[58].

O princípio da informação aplica-se ao caso em exame na medida em que exige do fornecedor de produtos a apresentação de dados necessários e relevantes, de forma clara, simples e acessível, garantindo ao consumidor uma melhor compreensão de todas as características do bem adquirido. Essa proteção ganha ainda mais destaque no art. 6º, inc. III, do CDC, que estabelece que são direitos básicos do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem[59].

Deduzidos os direitos do consumidor sob o olhar da lei consumerista, cuida-se a partir de agora da aplicação desta carga principiológica ao problema decorrente da má-gestão dos resíduos sólidos, com especial atenção para o *e-lixo*.

É fato público e notório que todos os equipamentos eletroeletrônicos enfrentarão, mais dias, menos dias, problemas técnicos. Com o decorrer do tempo, um produto eletrônico apresentará seus defeitos. Nestas hipóteses de falhas dos produtos, devem ser ofertadas aos consumidores assistências técnicas que possuem a responsabilidade de diagnosticar e reparar os produtos com vícios.

Porém, é cada vez mais oneroso e difícil o exercício do direito ao reparo: os

---

[58] MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos eletrônicos. Revista Multidisciplinar e de Psicologia, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em 04 jul. 2024, p. 179.

[59] MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos eletrônicos. Revista Multidisciplinar e de Psicologia, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em 04 jul. 2024, p. 180.

custos de um conserto são elevados, os fabricantes esperam vender novos produtos, a tecnologia avança e oferta mercadorias com novos recursos, os consumidores não estão dispostos a despender seu tempo e a se desgastar emocionalmente para lutar pelo direito ao conserto de seu bem eletrônico. Além disso, a publicidade e a facilidade de acesso ao crédito estimulam novas aquisições ou substituições de produtos. Trata-se de um sistema que não coopera para o reparo.

Mascarenhas e Públio destacam em interessante estudo:

> Uma pesquisa do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor apontou que 81% dos consumidores substituem seus equipamentos eletrônicos sem antes recorrer à assistência técnica. Desses, 54% trocam seus aparelhos telefônicos com menos de 3 anos de uso [...]. Além disso, o custo de reparo em uma assistência técnica autorizada pode facilmente representar até 50% do valor do aparelho novo [...]. Isso é fruto, sem dúvida, das engenhosas estratégias das grandes indústrias, que induzem os consumidores a trocar seus produtos por novos em pouco tempo em vez de incentivar o reparo dos produtos[60].

Verificado o cenário de dificuldades, o direito ao reparo apresenta-se como ferramenta jurídica que garante aos consumidores, vulneráveis na relação com fabricantes e produtores, as informações pertinentes ao funcionamento e manutenção de seus produtos, bem como fomenta o acesso a preços justos no que se refere a peças de reposição necessárias para a adequada manutenção. Indo adiante, a tutela deste direito fomenta a transparência capaz de promover o entendimento do consumidor sobre o funcionamento de seus produtos, diagnosticando os defeitos e permitindo o necessário reparo a tempo e modo[61].

Uma consciência coletiva em prol de rotinas de reparo deve ser estimulada por meio da doutrina jurídica, com desenvolvimento de textos a respeito; pela jurisprudência, por intermédio de decisões que considerem este importante direito

---

[60] MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos eletrônicos. Revista Multidisciplinar e de Psicologia, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em 04 jul. 2024, p. 181.

[61] MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos eletrônicos. Revista Multidisciplinar e de Psicologia, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em 04 jul. 2024, p. 182.

de cunho socioambiental e consumerista; e pelo legislador, com propostas legislativas que consolidem o tema no ordenamento jurídico pátrio.

Embora ainda esteja em estágio inicial, o Brasil tem visto um aumento na conscientização sobre o direito ao reparo. Alguns projetos de lei merecem citação: PL 5.939/2019[62], PL 5.169/2023[63], PL 5.566/2023[64], PL 5.568/2023[65] e PL 805/2024[66].

Com efeito, o PL 805/2024, mais recente dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, pretende criar o Capítulo VI-B na Lei n. 8.0878/1990, denominado “do direito ao reparo”. A discussão neste projeto de lei se volta para a garantia de que fabricantes facilitem o reparo de produtos eletrônicos, a substituição de componentes e a obrigatoriedade de fornecer manuais de reparo e peças de reposição por um período mínimo após a compra do produto.

Lamentavelmente, os projetos de lei destacados ainda não alcançaram o devido ambiente para discussão e avanço, ficando relegados a uma oportunidade futura de continuidade.

Cumpre à ciência do direito, portanto, instrumentalizar ferramentas de

---

[62] BRASIL. Projeto de Lei n. 5.939, de 2019. Acrescenta e altera dispositivos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), para obrigar o fornecedor a informar a durabilidade esperada dos produtos eletroeletrônicos e eletrodomésticos novos comercializados em território nacional, bem como assegurar ao consumidor o direito ao reparo de produtos e serviços. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229283>. Acesso em: 20 jun. 2024.

[63] BRASIL. Projeto de Lei n. 5.169, de 2023. Altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para estabelecer o direito ao reparo de produtos pelo consumidor (“Ato de Reparo Justo”). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2399224>. Acesso em: 20 jun. 2024.

[64] BRASIL. Projeto de Lei n. 5.566, de 2023. Dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de equipamentos eletrônicos digitais em disponibilizar documentação, peças e ferramentas para assegurar o direito de reparo pelo consumidor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2404548>. Acesso em: 20 jun. 2024.

[65] BRASIL. Projeto de Lei n. 5.568, de 2023. Altera os arts. 31, 32 e 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, no intuito de assegurar aos consumidores o direito ao reparo de eletrodomésticos e eletroeletrônicos fabricados, produzidos, construídos ou comercializados no Brasil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2404563>. Acesso em: 20 jun. 2024.

[66] BRASIL. Projeto de Lei n. 805, de 2024. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para coibir a chamada “obsolescência programada” e regular o direito ao reparo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/162652>. Acesso em: 20 jun. 2024.

incentivo e de inibição de condutas tidas como ambientalmente inadequadas, enfrentando-se a obsolescência planejada e à lógica consumista que impera na pós-modernidade[67].

A sociedade, a economia e o meio ambiente irão ganhar com esta necessária mudança comportamental promovida a partir de uma lógica de reparo e de ampliação de vida útil de produtos eletroeletrônicos. Tem-se, efetivamente, sensibilização, conscientização e capacitação da sociedade, promovendo-se mudanças significativas e progressivas com resultados positivos para toda a humanidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar uma análise sobre o momento histórico que a humanidade vivencia atualmente, a chamada pós-modernidade. Em uma sociedade regida por práticas de mercado que priorizam o crescimento econômico, observou-se que a geração de danos ambientais é uma consequência imediata da necessidade constante de produzir e consumir. A extração excessiva de recursos naturais para aumentar a produção, aliada à inadequada destinação dos resíduos pós-consumo, tem impactado gravemente o meio ambiente em todas as etapas do ciclo produtivo.

O acúmulo de resíduos eletroeletrônicos ao redor do mundo ressalta a urgência de uma mudança de paradigma. Torna-se necessário adotar novos hábitos circulares e práticas sustentáveis. Nesse contexto, o direito ao reparo surge como uma abordagem inovadora na ciência jurídica, com o intuito de garantir a tutela estatal, especialmente por meio do Judiciário, e de fomentar uma nova consciência coletiva voltada para uma convivência mais equilibrada, saudável e menos prejudicial ao meio ambiente.

Para atingir uma gestão ambiental circular e sustentável, foi destacada a importância da criação de incentivos jurídicos que permitam aos cidadãos

[67] GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. Economía circular en la Unión Europea: un marco jurídico global para el derecho medioambiental del siglo XXI. Madrid: Sepín, 2019, p. 69.

consertarem seus bens e produtos, promovendo comportamentos ambientalmente adequados, com reflexos positivos nas esferas econômica e social. O direito ao reparo se revela como uma alternativa jurídica eficaz no enfrentamento dos efeitos do consumismo desenfreado, que causa sérios danos aos ecossistemas.

A experiência europeia tem demonstrado isto. A Diretiva (UE) 2024/1799, que trata do direito ao reparo, apresenta-se como diploma normativo essencial para impulsionar a sustentabilidade e a circularidade, protegendo o meio ambiente em tempos obsoletos.

Ao definir normas claras sobre a reparação de produtos, a União Europeia busca minimizar o desperdício, fortalecer a economia circular e assegurar um alto nível de proteção ao consumidor. A padronização das regras de reparação, juntamente com o desenvolvimento de plataformas digitais, são avanços significativos que visam ampliar o acesso dos consumidores aos serviços de reparo em toda a Europa, contribuindo para um futuro mais sustentável.

Pretende-se, com este estudo, estimular a reflexão e a conscientização coletiva em prol de atitudes e condutas mais benéficas para a sociedade e menos prejudiciais ao planeta. Ao incentivar o reparo e a reutilização de produtos, prolongando sua vida útil e mantendo-os na cadeia produtiva, contribui-se para a mitigação dos impactos negativos causados pelo consumo massivo e pela produção industrial ao meio ambiente.

Por fim, o presente trabalho não se propõe a esgotar todas as questões relacionadas ao tema, mas busca oferecer tópicos que incentivem a reflexão e o debate, servindo como contribuição para o aprofundamento e continuidade do estudo de um direito ao reparo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e Processo:** desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

AGUIAR, Leandro Katscharowski. **Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular:** desafio global para a construção do futuro sustentável. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

ANDRADE, Márcia Cristiane Kravetz. **Catástrofe no Rio Grande do Sul:** impactos e necessidades da sustentabilidade. CNU, 2024. Disponível em: <https://www.uninter.com/noticias/catastrofe-no-rio-grande-do-sul-impactos-e-necessidades-da-sustentabilidade>. Acesso em: 20 jun. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos**.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. **Vidas para consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **44 cartas do mundo líquido moderno.** Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BARBOSA, Vanessa. **E a Amazônia?** Incêndios florestais ganham as redes sob silêncio do governo. Exame, 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/e-a-amazonia-incendios-florestais-ganham-as-redes-sob-silencio-do-governo/>. Acesso em: 27 ago. 2024.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3. ed. mod. e atualiz., São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 13 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é: o que não é. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 ago. 2024.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2024.

_____. **Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010.** Institui a Política Nacional dos Resíduos Sólidos. Art. 3º, inc. VIII. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=636>. Acesso em: 21 jun. 2024.

_____. **Projeto de Lei n. 5.939, de 2019.** Acrescenta e altera dispositivos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), para obrigar o fornecedor a informar a durabilidade esperada dos produtos eletroeletrônicos e eletrodomésticos novos comercializados em território nacional, bem como assegurar ao consumidor o direito ao reparo de produtos e serviços. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2229283>. Acesso em: 20 jun. 2024.

_____. **Projeto de Lei n. 5.169, de 2023.** Altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para estabelecer o direito ao reparo de produtos pelo consumidor ("Ato de Reparo Justo"). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2399224>. Acesso em: 20 jun. 2024.

_____. **Projeto de Lei n. 5.566, de 2023.** Dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de equipamentos eletrônicos digitais em disponibilizar documentação, peças e ferramentas para assegurar o direito de reparo pelo consumidor. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2404548>. Acesso em: 20 jun. 2024.

_____. **Projeto de Lei n. 5.568, de 2023.** Altera os arts. 31, 32 e 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, no intuito de assegurar aos consumidores o direito ao reparo de eletrodomésticos e eletroeletrônicos fabricados, produzidos, construídos ou comercializados no Brasil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2404563>. Acesso em: 20 jun. 2024.

_____. **Projeto de Lei n. 805, de 2024.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para coibir a chamada "obsolescência programada" e regular o direito ao reparo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/162652>. Acesso em: 20 jun. 2024.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. **A relação entre o meio ambiente e a pandemia de coronavírus.** Consultor jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-28/ambiente-juridico-relacao-entre-meio-ambiente-pandemia-coronavirus>. Acesso em: 11 jun. 2020.

CERDÁ, Emilio; AYGUN, Khalilova. **Economía circular**. Economía industrial, n. 401, Madrid: Ministerio de Ciencia y Tecnología, 2016.

DIAS, Reinaldo. **Sustentabilidade:** origem e fundamentos; educação e

governança global; modelo de desenvolvimento. São Paulo: Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da sociologia.** Tradução de Claudia Freire. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. **Economía circular en la Unión Europea:** un marco jurídico global para el derecho medioambiental del siglo XXI. Madrid: Sepín, 2019.

LEONARD, Annie. **A história das coisas:** da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar (edição digital), 2011.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos.** Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015.

MASCARENHAS, Ícaro Valverde; PÚBLIO, Carlos Alberto Maciel. O direito ao reparo como garantia fundamental do consumidor em face à obsolescência programada dos produtos eletrônicos. **Revista Multidisciplinar e de Psicologia**, v. 14, n. 50, pp. 178-194, maio/2020. Disponível em: <https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/2416>. Acesso em: 4 jul. 2024.

MORAES, Kamila Guimarães. **Panorama atual dos aspectos jurídicos da obsolescência planejada e os novos limites para o século XXI.** *In* LEITE, José Rubens Morato *et al*. Direito ambiental para o século XXI: novos contornos jurisprudenciais e na regulamentação dos resíduos sólidos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORENO, Joaquín Melgarejo. **Agua y economía circular**. In: J. Melgarejo, Congreso Nacional del Agua Orihuela: Innovación y Sostenibilidad, pp. 27-52. Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2019. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/88467/1/Congreso_Nacional_Agua_2019_27-52.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

_____; LÓPES ORTIZ, Maria Inmaculada. **Los seguros agropecuários em España.** In: MORENO, Joaquín Melgarejo; SÁNCHEZ, Ricardo Abadía (Eds.). Financiación, internacionalización y sostenbilidad. Alicante: Ayuntamiento de Orihuela y Universidad de Alicante, 2019.

MORTARI, Marcos. **De Mariana a Brumadinho:** como a tragédia se repete 3 anos depois e o que mudou de lá para cá? Infomoney, 2019. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/politica/de-mariana-a-brumadinho-como-a-tragedia-se-repete-3-anos-depois-e-o-que-mudou-de-la-para-ca/>. Acesso em: 27 ago. 2024.

NETO, José Affonso Dallegave. **Pós-modernidade, espiritualidade e o direito à felicidade.** *In* FERREIRA, Abner *et al.* Direito e cristianismo. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Betel, 2017.

OHDE, Carlos (org.). **Economia circular:** um modelo que dá impulso à economia, gera empregos e protege o meio ambiente. São Paulo: Netpress Books (edição digital), 2018.

OLIVEIRA, Luísa Bresolin de. **Contributos para uma legislação específica de prevenção de resíduos eletroeletrônicos inspirados na diretiva 2012/19/EU.** Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/129004/328516.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 ago. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva (UE) 2024/1799 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024:** relativa a regras comuns para promover a reparação de bens e que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2020/1828. Jornal Oficial da União Europeia, PT Série L 10.7.2024. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401799>. Acesso em: 3 ago. 2024.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal:** contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

WEETMAN, Catherine. **Economia circular:** conceitos e estratégias para fazer negócios de forma mais inteligente, sustentável e lucrativa. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. 1 ed. São Paulo: Autêntica Business (edição digital), 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos "novos" direitos.** *In* WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA DA PERCEPÇÃO DO DIREITO NO ATUAL CONTEXTO TRANSNACIONAL

SUSTAINABILITY AS A PARADIGM FOR THE PERCEPTION OF LAW IN THE CURRENT TRANSNATIONAL CONTEXT

Rafael Rabaldo Bottan[1]

Resumo: A sustentabilidade, com suas múltiplas dimensões e cariz transdisciplinar, para além de princípio jurídico norteador de comportamentos, apresenta-se como um paradigma multifacetado tendente a promover e assegurar a preservação planetária. Este artigo tem por objetivo identificar, através de pesquisa bibliográfica, de que maneira a sustentabilidade pode constituir um paradigma multifacetado e pluridimensional na sociedade global (de risco), a fim de oferecer uma alternativa à compreensão do Direito. Com base na literatura consultada, pode-se afirmar que a sustentabilidade apresenta inegável vinculatividade e densidade normativa, impondo-se como vetor nas escolhas e condutas dos mais variados atores globais em suas relações transnacionais. Concluiu-se que a sustentabilidade serve de guia para a atual sociedade global de risco, dando ensejo a um verdadeiro pacto ético e solidário entre as gerações presentes e futuras.

Palavras-chave: sustentabilidade; paradigma transdisciplinar; sociedade global de risco; transnacionalismo.

Abstract: Sustainability, with its multiple dimensions and transdisciplinary nature, in addition to being a legal principle guiding behavior, presents itself as a multifaceted paradigm aimed at promoting and ensuring planetary preservation. This article aims to identify, through bibliographical research, how sustainability can constitute a multifaceted and multidimensional paradigm in the global (risk) society, to offer an alternative to the understanding of Law. Based on the literature consulted, it can be stated that sustainability has undeniable binding and normative density, imposing itself as a vector in the choices and conduct of the most varied global actors in their transnational relations. It was concluded that sustainability serves as a guide for the current global risk society, giving rise to a true ethical and solidarity pact between present and future generations.

Keywords: sustainability; transdisciplinary paradigm; global risk society; transnacionalism.

[1] Bacharel em Direito pela UFSC. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo CESUSC. Mestrando em Ciência Jurídica UNIVALI (Itajaí-SC) com dupla titulação pela Universidade de Alicante, Espanha. Juiz de Direito em Florianópolis-SC. ORCID:0009-0004-6509-309X
E-mail: rafaelrabaldobottan@gmail.com

INTRODUÇÃO

O mundo tem experimentado, em especial nas últimas décadas, a eclosão de fenômenos até então pouco conhecidos e sobre os quais os debates eram incipientes. Fatores como crises socioambientais, econômico-financeiras, climáticas, humanitárias, sanitárias, culturais e político-jurídicas vêm engendrando ameaças globais que põem em risco o futuro do Planeta e da humanidade. A incerteza, a insegurança, a imprevisibilidade e a inaptidão dos instrumentos tradicionais de controle são, nesse cenário, marcantes.

A Sociedade de Risco, conceituada e examinada por Beck nos anos 1980, foi por ele revisitada no início deste século XXI, sendo então denominada Sociedade Global de Risco, dado que as fronteiras locais/nacionais não servem de barreira aos desafios e perigos enfrentados pela população mundial[2].[3] Basta que se pense na recém superada pandemia de COVID-19 para que se evidencie essa comunidade do destino em que se tornou a humanidade.

A interconectividade que vivenciamos, aprofundada pelos meios cada vez mais céleres de comunicação e pelo desenvolvimento exponencial das tecnologias de informação e comunicação, com a consequente perda de importância, no âmbito dos limites territoriais entre os Estados, suscita um novo horizonte em que ganham relevância as relações transnacionais. Esse contexto globalizado, em que as ameaças de toda a sorte – econômicas, ambientais, sanitárias, humanitárias, culturais – desconhecem fronteiras nacionais e põem em xeque a continuidade do Planeta e da população mundial, exige mudanças significativas na percepção do Direito.

Os ordenamentos jurídicos (nacionais, internacionais ou supranacionais) são incapazes de, isoladamente, dar respostas aos fenômenos e problemas surgidos nesse quadro complexo vivido globalmente, impulsionando a criatividade do operador jurídico na busca de perspectivas e instrumentos que permitam ao

---

[2] BECK, U. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: ADAM, B.; BECK, U; van LOON, J. (Orgs). **The risk society and beyond:** critical issues for social theory. New York: Sage Publications, 2005.
[3] BECK, U. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

arcabouço normativo fazer frente às emergências globais e às novas demandas de escala planetária que se lhe apresentam. Nessa conjuntura, desenvolvem-se propostas tais como a do *Transconstitucionalismo* e a de elaboração de uma *Constituição da Terra*[4].[5]

Essa tessitura multifacetada passa a demandar um câmbio de paradigmas na esfera político-jurídica. Os riscos e ameaças ao futuro da humanidade requestam um modelo informativo e norteador que considere fenômenos como a globalização e as cada vez mais frequentes e preocupantes emergências mundiais e que se volte à busca da manutenção do Planeta e de seus habitantes, inclusive e em especial os das gerações vindouras. Ponderando tais influxos da realidade hodierna, vislumbra-se o surgimento da Sustentabilidade, em suas diversas dimensões, como paradigma adequado para permitir uma nova e cogente mirada na percepção do Direito.

Partindo das premissas acima delineadas, o presente artigo tem como temática o estudo da Sustentabilidade e sua consideração como novo paradigma transdisciplinar na contemporaneidade, a permitir uma singular percepção do Direito, necessária em um ambiente de relações transnacionais cada vez mais frequentes. E o seu objetivo é avaliar de que maneira a sustentabilidade pode constituir um paradigma multifacetado e pluridimensional na sociedade global (de risco) da atualidade, servindo de ponto de vista para uma compreensão característica do Direito – suscitada pelo peculiar estado de coisas experimentado – como conjunto de normas e regras locais, nacionais, internacionais, supranacionais e transnacionais interligadas que induzam a sustentabilidade do Planeta para as presentes e futuras gerações.

O artigo está dividido em três tópicos. No primeiro, faz-se um apanhado dos fenômenos que têm impactado de modo profundo a humanidade. Também é analisada, sucintamente, a insuficiência dos instrumentos, conceitos e instituições tradicionais do Estado Moderno para lidar e dar respostas eficazes ao cenário engendrado pela globalização em seus diversos aspectos, pela intensa mobilidade

[4] FERRAJOLI, L. **Por una Constitución de la Tierra**: la humanidad en la encrucijada. Madrid: Trotta, 2022.
[5] NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

humana, pelo acelerado desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, pelas emergências globais de toda sorte, pelas crises ambientais de espectro planetário, entre outros fatores combinados em uma sociedade global de risco, em que as relações transnacionais têm ganhado relevo. Pontuam-se, ainda, elementos preliminares à compreensão do *Transnacionalismo*.

No segundo tópico, busca-se conceituar, de forma sintética, a sustentabilidade, apresentando-se um breve escorço histórico da sua compreensão até o seu atual estado da arte. São identificadas as suas origens, o desenvolvimento de sua densidade conceitual transdisciplinar e suas diversas dimensões. No terceiro, examina-se a possibilidade de se conceber a sustentabilidade como paradigma transdisciplinar adequado ao quadro civilizacional contemporâneo, que tem como nota singularizadora a eclosão de relações transnacionais, com implicações na percepção político-jurídica vigente.

Por derradeiro, pontuam-se as Considerações Finais, nas quais são registrados os aspectos destacados da pesquisa empreendida, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a relevância assumida nas últimas décadas pela sustentabilidade, a ponto de se constituir em paradigma multidimensional da sociedade global (de risco) contemporânea, fomentando um novo olhar que traz reflexos à percepção das instituições político-jurídicas e em especial do Direito em um cenário em que demandas de cunho transnacional se avolumam.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, foi utilizado o Método Indutivo; na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano; e, por fim, o Relatório dos Resultados é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente da Categoria (palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia), do Conceito Operacional (definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos) e da Pesquisa Bibliográfica[6].[7]

---

[6] PASOLD, C.L. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.
[7] LEITE, E. O. **A monografia jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

1 SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO, EMERGÊNCIAS GLOBAIS E TRANSNACIONALISMO: BREVES NOTAS

A intensificação nos processos de mudanças climáticas e consequentes catástrofes ambientais cada vez mais frequentes, a emergência de crises sanitárias de caráter global, as mazelas enfrentadas por refugiados, os constantes e acelerados fluxos migratórios, a evolução exponencial das tecnologias de informação e comunicação, a precarização das relações de trabalho aliada à obsolescência de muitos dos postos laborais advinda das inovações tecnológicas, as ameaças terroristas e as crises financeiras de índole mundial são fenômenos que eclodiram amiúde na atual quadra histórica permeada pelos processos de globalização em suas diversas facetas. Paralelamente, constata-se a incapacidade responsiva das instituições locais/nacionais (Estados) e de seus ordenamentos jurídicos, notadamente quando chamados a operar de modo fragmentado e isolado.

Na década de oitenta do século passado, Beck alinhavou o conceito de Sociedade de Risco, dadas as incertezas provocadas pelo que alcunhou de segunda modernidade. No entender de Beck, a Sociedade de Risco é um mundo de incertezas que são engendradas pelas inovações tecnológicas e demandas sociais aceleradas. O que nos leva a entender a Sociedade de Risco como uma era de descontrole. O conceito de Sociedade de Risco foi retomado pelo autor e reformulado em 2005, quando expressou que, na corrente sociedade global de risco, as decisões civilizacionais adotadas repercutem mundo afora, gerando consequências, ameaças e perigos, em maior ou menor escala, a toda a população do Planeta[8].[9]

Esta singularidade contradiz a linguagem institucional e a promessa de controle na eventualidade de ocorrência de alguma catástrofe, consistindo na

[8] BECK, U. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: ADAM, B.; BECK, U; van LOON, J. (Orgs). **The risk society and beyond:** critical issues for social theory. New York: Sage Publications, 2005.
[9] BECK, U. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

explosividade política da sociedade de risco. A inaptidão de comando de tais perigos pelas instituições estatais, a sensação de insegurança e a eclosão de catástrofes em escala global é, no entender de Beck[10], característica da modernidade reflexiva. É justamente a sabida impossibilidade de domínio dos consectários das decisões civilizacionais que singulariza o momento histórico. A originalidade da sociedade mundial de risco não advém propriamente das emergências globais (como catástrofes ambientais e ameaças terroristas, por exemplo), mas da crescente percepção de que vivemos em um mundo interconectado que está a se descontrolar.

Os riscos com os quais nos deparamos não podem ser delimitados espacialmente, temporalmente ou socialmente e apresentam novos desafios às instituições designadas para seu controle. A principal diferença entre a cultura pré-moderna do medo e a cultura do medo da segunda modernidade reside no fato de que na pré-modernidade os perigos e medos são atribuídos a deuses, a Deus ou à natureza, e a promessa de modernidade deveria suplantá-los com mais modernização e progresso (mais ciência, mais economia de mercado, novas tecnologias e novos padrões de segurança). Diversamente, nesta era do risco, as ameaças surgidas advêm da própria modernização e do progresso. Emerge daí, pois, uma cultura do medo, porquanto, paradoxalmente, as instituições, em especial as estatais, as quais são delineadas para controlar os riscos e perigos, acabam por produzir a incontrolabilidade[11]. Com efeito, as ameaças, na era da modernização reflexiva, não mais podem ser objeto de contenção, sendo captadas e compreendidas como *incertezas fabricadas* e gerando uma sensação de insegurança estrutural.

Beck[12] criou uma tipologia dos perigos enfrentados na Sociedade de Risco, muitos dos quais são globais por sua própria natureza. As três dimensões de perigo destacadas pelo autor são: a crise ecológica; a crise financeira global; e a ameaça terrorista. A estas, poder-se-iam acrescentar, talvez num mero

[10] BECK, U. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.
[11] BECK, U. Incertezas fabricadas. **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, v. 181, p. 5-12, 2006.
[12] BECK, U. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: ADAM, B.; BECK, U; van LOON, J. (Orgs). **The risk society and beyond:** critical issues for social theory. New York: Sage Publications, 2005.

desdobramento, as emergências sanitárias (a pandemia de Covid-19 é o mais claro e atual exemplo), a intensificação dos fluxos migratórios, em especial de refugiados, entre outras facetas de riscos planetários.

Apesar das diferenças entre as ameaças citadas, o seu caráter global faz com que os Estados tenham um interesse cosmopolita comum, o que significa que "a reflexão do público globalizado sobre conflitos de risco global produz a base de uma comunidade do destino"[13]. Portanto, além do atributo da reflexividade da incerteza (a indeterminação dos riscos e a incapacidade das instâncias de controle), a Sociedade Global de Risco, típica do século XXI, ostenta cariz claramente cosmopolita.

Giddens[14] asseverou que as mudanças que nos afetam não se restringem a determinadas partes do globo; elas se fazem sentir um pouco por toda a parte. O fenômeno da globalização, além da faceta econômica, também tem viés político, tecnológico e cultural, sendo fortemente influenciado pelo progresso nos sistemas de comunicação, notadamente a partir de fins da década de 1960. Trata-se de uma revolução global na vida corrente, cujas consequências se estão a fazer sentir em todo o mundo, em todos os domínios, do local de trabalho à política. Assim, há razões para se pensar que estamos vivendo um período histórico de transição muito importante.

Reforçando a incapacidade responsiva das instituições de controle evidenciada pela globalização e as consequências de tal cenário, Giddens cunhou o termo *instituições incrustadas*, as quais se tornaram inadequadas para as tarefas que são chamadas a desempenhar. E, à medida que vão adquirindo massa suficiente, "estão a criar algo que nunca existiu antes: uma sociedade cosmopolita global"[15]. Estamos na primeira geração a viver nesta sociedade e a impotência que sentimos decorre e reflete a incapacidade das instituições, as quais precisam ser reconstruídas ou substituídas por outras, haja vista que "a globalização não é

[13] BECK, U. Incertezas fabricadas. **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, v. 181, p. 11, 2006.
[14] GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000.
[15] GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p.28.

um incidente passageiro nas nossas vidas. É uma mudança das próprias circunstâncias em que vivemos"[16].

Afigura-se oportuno trazer a lume, conquanto de modo absolutamente raso e sem pretensão de completude, algumas ponderações sobre o *Transnacionalismo*. Este pode ser entendido como a condição na qual "certos tipos de relações tenham sido globalmente intensificadas e agora tenham lugar, paradoxalmente, numa arena de atividade planetária comum, ainda que virtual"[17], a despeito das grandes distâncias geográficas, da existência de fronteiras internacionais e das leis e regulações nacionais,

A sociedade transnacional é caracterizada pela intensidade das relações negociais, pelas migrações, pela universalização de crenças e valores, pela profusão de organizações que ultrapassam a dimensão nacional e pelo avanço dos meios de comunicação. Tem-se configurado um sistema de interação de forças sociais, políticas e econômicas não estatais, além de diferentes sistemas nacionais[18].

Nessa ambiência, torna-se evidente a impossibilidade de que as instituições e mecanismos tradicionais de controle – aqui incluído com destaque o Direito – possam manter-se nas bases de outrora, quando o conceito de soberania era a pedra de toque nas relações internacionais. A intensificação do fenômeno da globalização demanda que o Direito sofra uma readequação qualitativa e estratégica, eis que "enquanto instrumento de controle social estatal, emanado de um ente soberanamente isolado [...], já não produz mais respostas eficazes para assegurar um futuro com sustentabilidade progressiva para toda a comunidade de vida e em escala global"[19].

Em um cenário em que as questões ditas trespassantes (que ultrapassam fronteiras nacionais) afiguram-se cada vez mais presentes em nosso cotidiano e,

---

[16] GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000. p. 29.
[17] VERTOVEC, S. **Transnacionalism**. New York: Routledge, 2009. p. 3.
[18] CRUZ, P. M.; STELZER, J. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P. M.; STELZER, J.(Coord.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55-72.
[19] GARCIA, H. S.; CRUZ, P. M. A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional. **Prisma jurídico**, São Paulo, v. 15, n.2, p. 201-224, 2016. p.221.

por suas peculiares e multifacetadas características, fazem eclodir relações não necessariamente submetidas, apenas, a ordenamentos jurídicos nacionais, internacionais ou mesmo supranacionais. Então, como tentativa de ordená-las e controlá-las, exsurgiu o Direito Transnacional. Jessup[20], considerando que a expressão Direito Internacional estaria superada e não sendo suficiente para atender às exigências conceituais do novo cenário transnacional, propôs o uso do termo *Direito Transnacional*.

O *Direito Transnacional* remete à origem não *estatocêntrica* de determinado conjunto de normas ou decisões; ele necessariamente caracteriza-se por ser composto por normas de origem não estatal, voltadas a eventos transfronteiriços, bem como por contar com a anuência dos Estados, quer por meio do reconhecimento da autonomia da vontade ou mesmo da execução de laudos arbitrais[21]. Assim entendido, o *Direito Transnacional* é concatenador de todas as normas que regulam atos, fatos e relações que transcendam fronteiras nacionais, consagrando a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico global.

Consoante afirmam Oliviero e Cruz[22], o que Jessup, em meados do século passado, captava seria justamente o início do fenômeno que se convencionou chamar de globalização, consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Constitucional Moderno.

A mencionada crise de governança engendrada por essas profundas modificações foi apontada por Habermas[23], para quem a globalização do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, especialmente dos riscos militares e ecológicos, tudo isso nos coloca em face de problemas que não se pode mais resolver no âmbito dos Estados soberanos. Para o autor, tudo indica que continuará avançando o esvaziamento da soberania dos Estados nacionais, o que

---

[20] JESSUP, P.C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
[21] RAMOS, AC. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 2, p. 504-520, 2016.
[22] OLIVIERO, M.; CRUZ, P.M. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.
[23] HABERMAS, J. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2004.

fará necessária a reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional que ainda está em fase incipiente.

Na base desse fenômeno estão os extraordinários avanços tecnológicos, os quais, a par de propiciar conquistas inéditas no âmbito do bem-estar e das liberdades individuais, trazem igualmente diversos desafios. De fato, a velocidade dos fluxos materiais e imateriais não possibilita apenas facilidades a atores globais como organizações não-governamentais e empresas multinacionais, mas também às organizações criminosas e redes terroristas, além de viabilizar a propagação de doenças e outras ameaças em escala mundial[24].

Ainda nessa ambiência, Ferrajoli[25] argumentou que a pandemia de Covid-19 trouxe a lume a imprevisão e a inadequação de nossos sistemas políticos frente a todas as emergências sem fronteiras que ameaçam nosso futuro. O autor listou cinco classes de emergências globais, quais sejam: (i) as catástrofes ecológicas; (ii) as guerras nucleares e a produção e a posse de armas; (iii) as lesões das liberdades fundamentais e dos direitos sociais, a fome e enfermidades não tratadas, apesar de curáveis; (iv) a exploração ilimitada do trabalho; e (v) as migrações massivas.

Estas emergências somente poderão ser enfrentadas e prevenidas com a produção de um salto de civilidade no direito, na política, na economia e no senso comum. Dito salto de civilidade consistiria, na perspectiva deste pesquisador, na ampliação, para a escala planetária, do paradigma de constitucionalismo rígido, ou seja, no estabelecimento de limites e vínculos aos poderes dos Estados e dos mercados, que foram introduzidos nas atuais democracias constitucionais a partir da derrocada dos regimes fascistas, ao término da Segunda Guerra Mundial[26].

Uma vez que, como se vem de expor, os perigos suplantam as fronteiras nacionais, é apropriado afirmar que os riscos globais suscitam o debate sobre como promover a integração entre o presente e o porvir e como redesenhar as

[24] MARQUES, T.C.S.; DEBÈNE, O. Estado e sociedade em tempos de transnacionalismo. **Civitas: Rev. Ciênc. Soc.**, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 355-362, 2016.
[25] FERRAJOLI, L. **Por una Constitución de la Tierra**: la humanidad en la encrucijada. Madrid: Trotta, 2022.
[26] FERRAJOLI, L. **Por una Constitución de la Tierra**: la humanidad en la encrucijada. Madrid: Trotta, 2022.

instituições para que possam lidar com os novos problemas, necessariamente transnacionais, assomados. Vislumbra-se uma mudança cultural em que eclodem novas concepções sobre a natureza, o indivíduo, as categorias *nós* e os *outros*, a liberdade, a democracia e a legitimidade. Descortina-se uma nova ética de responsabilidade planetária/global, orientada para o futuro, apresentando-se presente a ótica da solidariedade intergeracional e do pacto de gerações[27].

2 SUSTENTABILIDADE: CONSTRUÇÃO CONCEITUAL E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Do desenvolvimento sustentável à sustentabilidade

A sustentabilidade, cuja gênese relaciona-se aos problemas ambientais, nos dias que correm tem seu conceito e seu espectro largamente ampliados, sendo vista sob um enfoque necessariamente transdisciplinar e ostentando diversas dimensões em constante e necessária interconexão.

Inicialmente, atrelava-se a sustentabilidade à ideia de crescimento (econômico) e desenvolvimento. Nessa perspectiva, como marco histórico de reconhecimento da importância do tema em escala mundial, tem-se a Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo (Suécia), em 1972, cujo tema central era a necessidade de compatibilizar desenvolvimento e preservação dos recursos naturais. O primeiro dos princípios da Declaração de Estocolmo prescreve que o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e tem solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Posteriormente, em 1987, o Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, definiu o termo desenvolvimento sustentável como sendo o atendimento às

[27] BECK, U. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: ADAM, B.; BECK, U; van LOON, J. (Orgs). **The risk society and beyond:** critical issues for social theory. New York: Sage Publications, 2005.

necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas próprias necessidades[28].

Em 1992, teve lugar, no Rio de Janeiro, a ECO-92 (Cúpula da Terra) também reforçou a imprescindibilidade de harmonização entre desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente. A Declaração do Rio, em seu quarto princípio, enuncia o seguinte: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada isoladamente deste”[29].

No Encontro da Cúpula da Terra, foi adotada a denominada Agenda 21, instrumento de planejamento para a substituição do modelo de crescimento econômico insustentável vigente por outro que tivesse em conta a proteção à atmosfera, o combate ao desmatamento, a prevenção à poluição da água e do ar, a gestão segura dos resíduos tóxicos, entre outros. A par dos problemas de cunho ambiental propriamente ditos, a Agenda 21 apontou como fatores nocivos ao meio ambiente a pobreza e os meios de produção e consumo já disseminados à época.

Nessa senda, sustentado em Bodnar[30], pode-se afirmar que o princípio do desenvolvimento sustentável foi cunhado e consolidado, em âmbito mundial, tendo por escopo principal a necessidade de avanços econômicos para os países subdesenvolvidos, inclusive com a utilização das novas tecnologias dos países desenvolvidos, porém, sem ultrapassar os limites necessários para manter o equilíbrio ecológico. Até então, não se falava propriamente em sustentabilidade, mas em desenvolvimento sustentável, de maneira que aquela era vista e apontada como condição para o crescimento econômico.

No ano 2000, na Cúpula do Milênio, realizada em Nova York, foram estabelecidos os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, merecendo destaque o sétimo de tais intuitos, consistente em garantir a sustentabilidade ambiental. Malgrado o uso do termo na referida cúpula, tem-se assentado que foi apenas a

---

[28] BRUNDTLAND, G. H. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1991.
[29] DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO. Estudos Avançados, São Paulo, v. 6, n. 15, p.153-159, 1992.
[30] BODNAR, Z. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, Maringá, v. 11, n. 1, p. 325- 343, 2011.

partir da Conferência das Nações Unidas *Rio+10*, ultimada em Johannesburgo (África do Sul), em 2002, que a sustentabilidade passou a ostentar independência e substantividade, por assim dizer, deixando de ser mero coadjuvante a adjetivar o desenvolvimento e o crescimento econômicos. Desde então, iniciou-se a elaboração de uma conceituação ampla, transdisciplinar, integral de sustentabilidade, a qual segue, mesmo nos dias hodiernos, em constante evolução, dilatando seu espectro significativo e fomentando inter-relações multifacetadas entre diversos fatores, dimensões e premissas, tais como o ecológico, o cultural, o social, o econômico, o jurídico e o tecnológico.

Portanto, foi a *Rio+10* que marcou a substituição da expressão desenvolvimento sustentável pela de sustentabilidade, mediante a afirmação em âmbito global das suas perspectivas ecológicas, sociais e econômicas "como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla"[31].

Desde 2002, portanto, ganha corpo a concepção de que nenhum dos componentes (ecológico, social, econômico, cultural, político, entre outros) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor[32].

Importa pontuar, ainda sob a perspectiva histórica, que em 2012, novamente no Rio de Janeiro, foi realizada a *Rio+20*, Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. Nela foi reafirmada a participação dos líderes mundiais nas iniciativas voltadas ao desenvolvimento sustentável no Planeta, ressaltando-se a relevância dos processos da chamada economia verde e reiterando-se a sempre necessária governança internacional no campo do desenvolvimento sustentável.

---

[31] CRUZ, P.M.**;** BODNAR, Z. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 95.

[32] REAL FERRER, G.; GLASENAPP, M. C.; CRUZ, P. M. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.

Por derradeiro, no ano de 2015, em Nova York, na sede da ONU, teve lugar a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável. Na ocasião, os países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) definiram os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) como parte de uma novel agenda de desenvolvimento sustentável em complementação aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (do ano de 2000). Concebeu-se, naquele encontro, a conhecida Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, com prazo até 2030 para a implementação do plano de ação elaborado, tendo como um de seus pilares justamente a sustentabilidade, que aparece em uma plêiade de metas concernentes a questões de diversos âmbitos, reafirmando-se, assim, o seu caráter multidisciplinar e pluridimensional, como será examinado no item seguinte.

Passou-se a conceber a sustentabilidade, nessa transição, como um projeto para a garantia do futuro do Planeta, sendo o desenvolvimento sustentável possivelmente a melhor senda para viabilizar este projeto. A propósito, Real Ferrer[33] destacou que o desenvolvimento sustentável não precisa ser contraditório à sustentabilidade, antes, pode ser mais um dos caminhos para alcançar uma sociedade sustentável. Na mesma perspectiva, para Souza e Mafra[34], o desenvolvimento sustentável torna-se meio para possibilitar o equilíbrio entre o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, com o fito de se assegurar a sustentabilidade e o bem-estar da sociedade.

2.2 Sustentabilidade e suas dimensões

Como se buscou explanar no tópico antecedente, a despeito de a sustentabilidade ter seu nascedouro, em especial, em documentos internacionais a partir da noção de desenvolvimento sustentável, e em que pese ainda hoje

[33] REAL FERRER, G. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. In: SOUZA, M. C. S. A.; GARCIA, D. S. S. (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2013.
[34] SOUZA, M.C.S.A.; MAFRA, J.R. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. In: SOUZA, M.C.S.A.; GARCIA, H.S. (Orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014.

haver certa confusão no emprego dos termos, os seus conceitos diferem. É certo, contudo, que não se pode omitir a existência de pontos de consenso entre estes termos. Ambos buscam o equilíbrio entre as necessidades do ser humano e o meio ambiente[35].

Na expressão desenvolvimento sustentável, a sustentabilidade ocupava posição instrumental, como meio para o alcance do desenvolvimento. A partir da *Rio*+10, passa-se a adotar o vocábulo sustentabilidade de modo independente, não mais na função de mero adjetivo, mas como substantivo, reconhecendo-se o fundamental papel que desempenha na atualidade. Não se trata apenas de questão semântica ou de simples roupagem. Há, na utilização do enunciado sustentabilidade, uma clara escolha por atribuir relevância ao seu amplo espectro, no lugar de se lhe conferir um status de coadjuvante.

Com a aplicação do termo sustentabilidade, como observado, consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social, espacial e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria[36]. A fim de se estabelecer um conceito abrangente, transdisciplinar e pluridimensional de sustentabilidade, apropriado ao momento vivenciado, pode-se apontar que, num sentido amplo, a sustentabilidade é a capacidade de um sistema humano, natural ou misto para resistir ou se adaptar à mudança endógena ou exógena por tempo indeterminado.

A ideia de sustentabilidade teve seu gérmen, em nível mundial, na Conferência das Nações Unidas realizada em Estocolmo, em 1972, sendo robustecida nos Encontros promovidos pela ONU nos anos posteriores. A atribuição de tamanha importância ao tema deveu-se à percepção de que o modo pelo qual se estava guiando a sociedade global trazia (como ainda acarreta) sério e preocupante risco ao ambiente, a ponto de se colocar em dúvida a sobrevivência do Planeta e de seus habitantes. Vale dizer, portanto, que se reconheceu que a

---

[35] FEIL, A.A.; SCHREIBER, D. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v.15, n.3, p.667-681, 2017.

[36] BODNAR, Z.; FREITAS, V.P.; SILVA, K.C. A epistemologia interdisciplinar da sustentabilidade: por uma ecologia integral para a sustentação da casa comum. **RBD-Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v.12, n.2, p.59-70, 2016.

sustentabilidade do Globo e de seus ocupantes, em particular os das gerações futuras, foi posta em xeque.

Nesse contexto, o conceito de sustentabilidade, nas mais variadas interpretações oferecidas, parece poder ser reconduzido, no plano finalístico, ao objetivo ideal da preservação das necessidades das futuras gerações. Vem daí que a sustentabilidade tem sido invocada para identificar os limites dentro dos quais se consente às gerações presentes fazer uso dos recursos que estão à sua disposição. No citado salto conceitual de desenvolvimento sustentável para sustentabilidade, percebe-se que esta implica uma inter-relação necessária entre justiça social, qualidade de vida, equilíbrio ambiental e a ruptura do atual padrão de desenvolvimento, com o escopo a garantir o futuro planetário e a qualidade de vida (digna) das gerações que estão por vir[37].[38]

No processo evolutivo do conceito de sustentabilidade, firmou-se, inicialmente, a ideia de que ela teria três dimensões (ambiental, econômica e social). Na sequência, outras duas dimensões, que se somam às três tradicionais, foram agregadas, quais sejam, a jurídico-política e a ética. Bastante difundida, dada a vanguarda nos estudos sobre a temática no âmbito jurídico nacional, está a doutrina de Freitas, para quem a sustentabilidade é pluridimensional e engloba as diferentes dimensões (ambiental, social, ética, econômica e jurídico-política), sem hierarquia rígida e sem caráter exaustivo.

Freitas[39] assevera que a sustentabilidade seria, sinteticamente, o 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. Em

---

[37] PORENA, D. **Il principio dela sostenibilità**. Contributo allo studio di um programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale. Torino: Giappichelli Editore, 2017.
[38] SOUZA, M.C.S.A.; ARMADA, C.A.S. Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 17-35, 2017.
[39] FREITAS, J. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

apertada sinopse, na concepção deste autor, a dimensão ambiental da sustentabilidade viabiliza excepcionais oportunidades para o surgimento de uma nova economia que ultrapassa o culto excessivo dos bens posicionais. Significa, ainda, o direito tanto das atuais gerações quanto das vindouras a um ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida e dignidade. Evidencia-se, igualmente, a vinculação da sustentabilidade em sua dimensão ambiental à solidariedade.

Tal dimensão de sustentabilidade, de acordo com Sachs[40], está alicerçada no duplo imperativo ético de solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras. Por sua vez, a dimensão ética implica reconhecer uma conexão intersubjetiva de todos os seres, o impacto retroalimentador das ações e omissões, a exigência de universalização concreta e o engajamento sob o enfoque da dignidade de todas as espécies.

De outro ângulo, a dimensão social propugna a construção de uma sociedade mais homogênea e mais bem governada, vinculando-se à garantia dos direitos sociais e à dignidade humana, almejando a igualdade e a garantia de condições mínimas para que todos possam conviver respeitando a dignidade humana e assegurando-se igual possibilidade para as futuras gerações. Nessa mirada, a sustentabilidade requesta o incremento da equidade intra e intergeracional, de modo a viabilizar que a humanidade possa manter-se, em longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos[41].

Na dimensão econômica da sustentabilidade encontram-se as diretrizes que orientam o crescimento e o desenvolvimento econômico e, ao mesmo tempo, a defesa do ambiente, ponderando-se com razoabilidade os custos e benefícios diretos e indiretos das escolhas e tendo-se em conta os efeitos de longo prazo da produção e do consumo. Sendo assim, a sustentabilidade gera uma nova economia, com reformulação das bases de produção de bens e serviços de consumo.

---

[40] SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
[41] GARCIA, D.S.S.; GARCIA, H.S. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, M.C.S.S.; GARCIA, H.S. (Org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: UNIVALI, 2014.

No que concerne à dimensão jurídico-política da sustentabilidade, é compreendida como princípio jurídico, de índole constitucional (assim estabelecida nos ordenamentos jurídicos dos mais diversos países), imediata e diretamente vinculante. Tendo por fulcro, de maneira geral, as mesmas premissas da dimensão social, pressupõe o viés político-jurídico uma nova hermenêutica das relações jurídicas, com foco na tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, impondo o dever de proteger a liberdade de cada cidadão, como titular de cidadania ambiental ou ecológica, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal dos direitos e deveres fundamentais das gerações presentes e futuras. Reconhece-se, assim, a titularidade de direitos inclusive àqueles que ainda não foram sequer concebidos[42].[43]

Canotilho[44] afirmou que as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem discernir um Estado de Direito ambiental e ecológico. Aduz o autor português que na atualidade o Estado só é Estado de Direito se for um Estado protetor do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; contudo – prossegue o constitucionalista luso – o Estado ambiental e ecológico só será Estado de Direito se cumprir os deveres de juridicidade impostos à atuação dos poderes públicos.

Desdobrando a compreensão da problemática e esquadrinhando o espectro plural da sustentabilidade, Real Ferrer[45] listou seis exigências dimanadas da sustentabilidade ou requisitos para o seu alcance: a) que a sociedade que construímos seja planetária; b) que alcancemos um pacto de sustentabilidade com a Terra; c) que se tenha a capacidade de alimentar e dar uma vida digna a todos os habitantes, indistintamente; d) que se promova a recomposição da arquitetura social com o objetivo de extinguir o modelo opressor que tem por base o conforto e o progresso, permitindo, portanto, a justiça social; e) que novos modelos de

---

[42] FREITAS, J. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
[43] PORENA, D. **Il principio dela sostenibilità**. Contributo allo studio di um programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale. Torino: Giappichelli Editore, 2017.
[44] CANOTILHO, J.J.G. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne - Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v. VIII, n. 13, p. 13, 2010
[45] REAL FERRER, G. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Logroño, n. 1, p. 73-94, 2002.

governança (normas e instituições globais) sejam construídos; f) que a ciência e a técnica sejam postas a serviço do objetivo comum.

Pode-se afiançar, conseguintemente, que a sustentabilidade tem por supedâneo duas premissas básicas: de um lado, assegurar que a atual geração tenha atendidas as suas necessidades; de outro e concomitantemente, proporcionar às futuras gerações o gozo das mesmas condições para satisfazer suas necessidades vindouras[46].

Os esforços teórico-doutrinários para a construção de um conceito de sustentabilidade vêm a demonstrar que se trata de uma tarefa permanentemente em vias de consecução, inacabada, vocacionada a uma constante evolução e redesenho, a depender do cenário em que esteja envolvida. Tal conceituação acha-se em "processo de construção e legitimação técnica, em sua identificação e contextualização aos processos socioeconômicos das regiões e dos países"[47].

E, no entender de Brüning e Liz[48], um dos maiores desafios atuais do Direito é desenvolver uma teorização consistente acerca da sustentabilidade para além da seara ambiental, tornando, assim, perceptível e realizável sistema normativo que atenda aos desafios de sobrevivência mínima e digna dos tempos correntes.

Nessa perspectiva, a sustentabilidade é vista como conceito aberto, em constante formação e transformação, multidimensional, sendo possível reconhecer, no atual estágio de avanço conceitual do postulado em pauta, de forma interconectada, suas diferentes dimensões (ecológica, social, ética, econômico-financeira, político-jurídica, além de sua premissa tecnológica), mesmo que tal taxonomia possa ser redefinida a depender do prisma adotado pelo estudioso do tema.

---

[46] SOUZA, M.C.S.A.; MAFRA, J.R. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. In: SOUZA, M.C.S.A.; GARCIA, H.S. (Orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014.
[47] FREITAS, M.; FREITAS, M.C. S. **A sustentabilidade como paradigma:** cultura, ciência e cidadania. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 21.
[48] BRÜNING, R.J.; LIZ, K.B. Sustentabilidade: nova percepção jurídica e os reflexos de sua aplicabilidade no cotidiano da Administração Pública. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 20, n. 1, 149, 2016.

Na mesma trilha, Cruz e Bodnar[49] afirmaram que:

> A construção de um conceito, necessariamente transdisciplinar, de sustentabilidade é um objetivo complexo e sempre será uma obra inacabada. Isso porque poderá ser melhorada para atender as circunstâncias do caso concreto, o contexto em que está sendo aplicado, bem como o conjunto de variáveis direta ou indiretamente envolvidas. Afinal, trata-se de uma idealidade, algo a ser constantemente buscado e construído como o próprio conceito de justiça. É um conceito aberto, permeável, ideologizado, subjetivo e relacional.

Souza e Mafra[50] afiançaram que a sustentabilidade é parte de uma *utopia*, ou seja, compõe a visão de futuro sobre a qual a civilização contemporânea cria seus projetos e alicerça as suas esperanças. Mathias[51] reforçou tal noção ao anunciar que a sustentabilidade seria, dessa forma, "o quarto grande ideal da modernidade – ao lado da liberdade, igualdade e fraternidade – surgido no fim do século XX". A sustentabilidade, portanto, deve ser entendida como um projeto de futuro para o Planeta e, por consectário, para a humanidade, o qual ostenta cariz multifacetado, transdisciplinar e pluridimensional.

3 SUSTENTABILIDADE COMO PARADIGMA ADEQUADO AO CONTEXTO TRANSNACIONAL CONTEMPORÂNEO E À PERCEPÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA

Como se evidencia da literatura abordada, a sustentabilidade, compreendida como princípio jurídico, é dotada de densidade e vinculatividade, sendo empregada como esteio e ordenador de condutas, além de norte e ideal a ser seguido, em especial na tutela efetiva dos direitos relativos ao bem-estar duradouro das gerações atuais e futuras.

---

[49] CRUZ, P.M.**;** BODNAR, Z. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p.111.
[50] SOUZA, M.C.S.A.; MAFRA, J.R. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. In: SOUZA, M.C.S.A.; GARCIA, H.S. (Orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014.
[51] MATHIAS, E.F.P. **A humanidade contra as cordas**: a luta da sociedade global pela sustentabilidade. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p.55.

A sustentabilidade deve ser concebida também como um novo prisma interpretativo. A sustentabilidade requesta um outro olhar hermenêutico, evidenciando-se o embate entre duas maneiras de se pensar o Direito, quais sejam, o paradigma da sustentabilidade versus o paradigma que considera irremovível a imoral insaciabilidade das nervuras do poder estatal.

Freitas[52] destacou que a maior novidade radica na consciência de que o:

> Estado Democrático de Direito existe para propiciar condições institucionais à promoção do bem-estar das gerações presentes, sem sacrificar o bem-estar das gerações futuras. Isto é, a mudança implica na compreensão prévia do ordenamento jurídico-político, não apenas no campo avançado do Direito Ambiental. A interpretação veste, assim, as lentes da sustentabilidade e sobrepassa diligentemente os dilemas intertemporais.

Com base nesta perspectiva, a matriz decisória deve se pautar numa nova visão, concebendo-se a titularidade formal e material dos chamados direitos intergeracionais. Nessa ótica, a nota peculiar do novo intérprete é a habilidade do pensamento prospectivo.

Para além disso, há de se reconhecer a viabilidade de a sustentabilidade ser considerada como um meta-princípio, tal qual defendido por Bosselmann[53]. Nessa senda, do mesmo modo como se dá com os ideais de justiça e os direitos humanos, a sustentabilidade pode ser vista como um ideal para a civilização, seja em nível nacional, seja nos âmbitos internacional, supranacional e ainda transnacional. A aceitação da sustentabilidade como um princípio jurídico de caráter transnacional implica reconhecer seu papel norteador e informador de todo o sistema jurídico, e não apenas das leis ambientais e tampouco somente em nível nacional. Ao se lhe outorgar o status de meta-princípio, passa a ordenar e redesenhar as relações sociais, incluídas as relações jurídicas[54].

---

[52] FREITAS, J. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 3, p. 940-963, 2018. p. 944-945.
[53] BOSSELMANN, K. **The principle of sustainability**: transforming law and governance. Farnham: Ashgate, 2008. p. 4.
[54] GARCIA, H. S.; CRUZ, P. M. A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional. **Prisma jurídico**, São Paulo, v. 15, n.2, p. 201-224, 2016.

O *direito de sustentabilidade* é um direito concebido em termos de espécies e de resolução de problemas globais, cuja estrutura vai além daquela clássica dos ordenamentos jurídicos característicos de Estados soberanos. Sua vocação é fornecer soluções que sirvam a todos, objetivando proporcionar esperança de um futuro melhor para a sociedade em geral[55].

A sustentabilidade tem contornos prospectivos e não é mais do que a materialização do instinto de sobrevivência social. Portanto, pressupõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo e no espaço[56].

A par de viabilizar o redesenho de vínculos jurídicos, evidencia-se que a sustentabilidade, em suas diversas dimensões já estudadas, igualmente pode ser vista como paradigma transdisciplinar apropriado para permitir uma característica percepção do próprio Direito, imperativa na quadra atual, em que visto, muito resumidamente, também como conjunto de normas e regras locais, nacionais, internacionais, supranacionais e transnacionais interligadas que induzem a sustentabilidade do Planeta para as presentes e vindouras gerações.

A crise do sistema econômico capitalista e das instituições político-jurídicas da modernidade configura, nos dizeres de Real Ferrer, Glasenapp e Cruz[57], "um novo paradoxo, um novo e fascinante momento de transição paradigmática, que pode se caracterizar por meio da adoção de um novo paradigma axiológico – sustentabilidade – como resposta da consciência humana aos riscos decorrentes da chamada Sociedade de Risco global".

Realmente, dadas as peculiaridades vivenciadas hodiernamente pela sociedade global de risco, em que ameaças de caráter transnacional de todos os vieses e que desconhecem fronteiras – ecológicas, humanitárias, culturais, econômico-financeiras, terroristas e outras – põem em xeque a continuidade e a manutenção do Planeta, da humanidade e das demais espécies que habitam a

---

55 MAFRA, J.R. O paradigma da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: um direito fundamental material. **Direito & Política**, Itajaí, v.10, n.1 (edição especial), p.547-566, 2015.
56 REAL FERRER, G.; GLASENAPP, M. C.; CRUZ, P. M. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.
57 REAL FERRER, G.; GLASENAPP, M. C.; CRUZ, P. M. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014. p.1437.

Terra, fazem-se cogentes mudanças significativas igualmente na compreensão do Direito, notadamente de suas funções. O Direito, nesse quadro civilizacional, há de ser promotor e assegurador de um verdadeiro, efetivo, ético e solidário pacto intergeracional.

Constata-se que os ordenamentos jurídicos dos mais diversos âmbitos se afiguram inábeis a, de maneira isolada, dar solução aos problemas multifacetados e de espectro global (trespassantes) que se têm apresentado. Os operadores do Direito, nessa ambiência, valendo-se da criatividade e revisitando e renovando teorias, concepções e postulados, são instados a construir e reconstruir ferramentas, compreensões, interpretações e padrões que possibilitem ao arcabouço normativo viabilizar respostas adequadas às emergências globais e demais demandas (inclusive e especialmente as transnacionais) que se patenteiam nesse momento histórico[58].

Com efeito, tem-se potencializado o vislumbre de um novo paradigma a alcançar também a esfera jurídica. Tal paradigma, que se entremostra atento a fenômenos como a globalização, a questões ditas trespassantes e aos perigos percebidos pela sociedade mundial de risco, consiste justamente na sustentabilidade, da qual dimanam vetores e exigências tendentes à consecução do ideal da manutenção do Planeta e de seus ocupantes, com especial ênfase aos das futuras gerações.

Canotilho[59], reportando-se ao juspublicista alemão Peter Häberle, escreveu que é tempo de considerar a sustentabilidade como elemento estrutural típico do Estado que hoje designamos Estado Constitucional. O autor vai além asseverando que a sustentabilidade se configura como uma dimensão autocompreensiva de uma Constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere.

A sustentabilidade, na dimensão jurídico-política, impõe a busca pela manutenção da paz e do bem-estar social de todos e de cada um, fazendo com

[58] REAL FERRER, G.; GLASENAPP, M. C.; CRUZ, P. M. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.
[59] CANOTILHO, J.J.G. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne** - **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v. VIII, n. 13, p. 13, 2010.

que o Direito seja considerado instrumento garantidor de que a sociedade siga avançando no desenvolvimento humano. Serviria, pois, de norte ou máxima de ação no mundo atual, e pressupõe que os membros da sociedade possam identificar-se com as regras de conduta que irão balizar e formatar as possibilidades de seus projetos de vida[60].

A incorporação de preocupações sociais e econômicas àquelas de cunho ambiental, inspiradas por um sistema ético compartido pela comunidade internacional, engendra prescrições constitutivas de uma nova ordem jurídica transnacionalizada. Portanto, o direito gênese da sustentabilidade, destacam Real Ferrer, Glasenapp e Cruz[61], terá que ser vocacionado e aplicado em escala planetária, por meio de vias democráticas, pressupondo que se assegure a vida por intermédio da defesa do meio ambiente e seu entorno, e se a dignifique através da inclusão dos aspectos sociais, proporcionando um crescimento distributivo dos aspectos econômicos.

O Direito, que deve advir de um ambiente político-jurídico transnacional, haverá de ser moldado com base em princípios de inclusão social e proteção ao meio ambiente, apresentando-se a sustentabilidade e a solidariedade como elementos nucleares no debate jurídico[62].

Os cenários transnacionais requestam o surgimento e a consolidação de um novo paradigma do Direito. Nesse sentido, a sustentabilidade ostenta claro potencial axiológico para se colocar na “centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada”[63]. E, dada a relevância da sustentabilidade como novo paradigma de escala global da humanidade, a própria leitura do Direito Transnacional deverá ser feita a partir do prisma por ela viabilizado.

---

[60] PEDROZA, J.C.C. **Jurisdição constitucional sustentável: a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no controle difuso de constitucionalidade de normas**. 2018.
[61] REAL FERRER, G.; GLASENAPP, M. C.; CRUZ, P. M. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.
[62] CRUZ, P.M.**;** BODNAR, Z. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.
[63] GARCIA, H. S.; CRUZ, P. M. A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional. **Prisma jurídico**, São Paulo, v. 15, n.2, p. 201-224, 2016. p. 221.

Evidencia-se a potencialidade de a adoção do paradigma da sustentabilidade, em suas variadas dimensões, implicar numa singular percepção político-jurídica que se afigura adequada ao cenário de relações transnacionais cada vez mais intensificadas e de constante eclosão de riscos e demandas globais. Nesse sentido, o Direito Positivo – concebido, sucintamente, como um conjunto de normas e regras (jurídicas) destinadas a orientar o comportamento em sociedade, as quais são criadas (postas) pelos detentores de competências legislativas para tanto, com a observância do devido processo de produção normativa – tem agregada uma qualificação especial.

Com efeito, o Direito pode ser percebido como dotado de relevante e singular função, qual seja, prover disposições normativas tendentes a impelir ações e omissões dos diversos atores da sociedade global interconectada e interdependente com vistas a possibilitar a sustentabilidade do Planeta e de seus ocupantes. O Direito, portanto, há de ser compreendido como catalizador de elementos alinhados à manutenção da convivência sustentável no Planeta e ao pacto de solidariedade entre as gerações presentes e futuras, viabilizando respostas adequadas às demandas transnacionais, bem assim como freio aos fatores que colocam em perigo a continuidade sustentável da Terra e de seus habitantes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa encetada para a elaboração do presente artigo e tomando por base o conteúdo anteriormente delineado, pode-se depreender que a sustentabilidade é dotada de amplo espectro e apresenta vasta e complexa gama de dimensões interconectadas. Seu conceito, ademais, é uma obra inacabada, sendo os seus contornos e conteúdo definidos e repaginados de acordo com o contexto vivenciado.

A despeito disso, detém a sustentabilidade inegável vinculatividade e densidade normativa, impondo-se como norte nas escolhas e condutas dos mais

variados atores globais, sejam eles Estados, indivíduos, corporações, organizações não-governamentais ou outros.

Trata-se, ainda, de um projeto de futuro, uma idealidade, a servir de guia para a atual sociedade global de risco, como exigência ética e deôntica para manutenção do Planeta e de seus habitantes, como em um *concerto* solidário entre a presente e as futuras gerações, notadamente em um ambiente cada vez mais dotado de caráter transnacional.

Na quadra atual, em que os riscos que põem em xeque a continuidade do Planeta e de seus habitantes ignoram fronteiras e normas estabelecidas pelos Estados Nacionais, faz-se necessário divisar um paradigma – necessariamente transdisciplinar e transnacional – que possa servir de preceito e padrão condutor da sociedade global na busca da garantia de vida digna das gerações presentes e das vindouras. Nesse sentido, vislumbra-se a sustentabilidade como paradigma adequado às exigências hodiernas.

A sustentabilidade, como paradigma transdisciplinar e multidimensional a implicar um pacto sobre um alicerce ético e solidário intergeracional, permite também uma nova e singular percepção do Direito. Este pode ser compreendido, pois, como conjunto de normas e regras locais, nacionais, internacionais, supranacionais e em especial transnacionais interconectadas, cuja função precípua é moldar os comportamentos dos mais diversos atores globais com o intuito de viabilizar a sustentabilidade do Planeta e de seus ocupantes de modo temporalmente indefinido, oferecendo respostas apropriadas às crescentes e complexas demandas de feição transnacional.

REFERÊNCIAS

BECK, U. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: ADAM, B.; BECK, U; van LOON, J. (Orgs). **The risk society and beyond:** critical issues for social theory. New York: Sage Publications, 2005.

BECK, U. Incertezas fabricadas. **Revista IHU On-Line**, São Leopoldo, v. 181, p. 5-12, 2006.

BECK, U. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BODNAR, Z. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, Maringá, v. 11, n. 1, p. 325- 343, 2011.

BODNAR, Z.; FREITAS, V.P.; SILVA, K.C. A epistemologia interdisciplinar da sustentabilidade: por uma ecologia integral para a sustentação da casa comum. **RBD-Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v.12, n.2, p.59-70, 2016.

BOSSELMANN, K. **The principle of sustainability**: transforming law and governance. Farnham: Ashgate, 2008. p. 4.

BRUNDTLAND, G. H. **Nosso Futuro Comum**. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

BRÜNING, R.J.; LIZ, K.B. Sustentabilidade: nova percepção jurídica e os reflexos de sua aplicabilidade no cotidiano da Administração Pública. **Resenha Eleitoral**, Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 149, 2016.

CANOTILHO, J.J.G. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne** - Revista de Estudos Politécnicos, Barcelos, v. VIII, n. 13, p. 13, 2010.

CRUZ, P. M.; STELZER, J. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Coord.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55-72.

CRUZ, P.M.**;** BODNAR, Z. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: http://www.univali.br/ppcj/ebook.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO. jun. 1972 Disponível em: https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm.

DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 6, n. 15, p.153-159, 1992. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0103-40141992000200013.

FEIL, A.A.; SCHREIBER, D. Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável: desvendando as sobreposições e alcances de seus significados. **Cad. EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v.15, n.3, p.667-681, 2017.

FERRAJOLI, L. **Por una Constitución de la Tierra**: la humanidad en la encrucijada. Madrid: Trotta, 2022.

FREITAS, M.; FREITAS, M.C. S. **A sustentabilidade como paradigma:** cultura, ciência e cidadania. Petrópolis: Vozes, 2016.

FREITAS, J. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 3, p. 940-963, 2018.

FREITAS, J. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GARCIA, D.S.S.; GARCIA, H.S. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, M.C.S.S.; GARCIA, H.S. (Org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: UNIVALI, 2014.

GARCIA, H. S.; CRUZ, P. M. A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional. **Prisma jurídico**, São Paulo, v. 15, n.2, p. 201-224, 2016.

GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. [Tradução George Sperb; Paulo Astor Soethe]. São Paulo: Loyola, 2004.

JESSUP, P.C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

LEITE, E. O*.* **A monografia jurídica***.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAFRA, J.R. O paradigma da sustentabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: um direito fundamental material. **Direito & Política**, Itajaí, v.10, n.1 (edição especial), p.547-566, 2015.

MARQUES, T.C.S.; DEBÈNE, O. Estado e sociedade em tempos de transnacionalismo. **Civitas: Rev. Ciênc. Soc.**, Porto Alegre, v. 16, n. 3, p. 355-362, 2016.

MATHIAS, E.F.P. **A humanidade contra as cordas**: a luta da sociedade global pela sustentabilidade. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 55.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVIERO, M.; CRUZ, P.M. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

PASOLD, C.L. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática*.* Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

PEDROZA, J.C.C. **Jurisdição constitucional sustentável: a aplicação da teoria dos precedentes judiciais no controle difuso de constitucionalidade de**

normas. 2018. (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2018.

PORENA, D. **Il principio dela sostenibilità**. Contributo allo studio di um programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale. Torino: Giappichelli Editore, 2017.

RAMOS, AC. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 2, p. 504-520, 2016.

REAL FERRER, G. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Logroño, n. 1, p. 73-94, 2002.

REAL FERRER, G. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. In: SOUZA, M. C. S. A.; GARCIA, D. S. S. (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2013.

REAL FERRER, G.; GLASENAPP, M. C.; CRUZ, P. M. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014.

SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SOUZA, M.C.S.A.; MAFRA, J.R. A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica. In: SOUZA, M.C.S.A.; GARCIA, H.S. (Orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: Univali, 2014.

SOUZA, M.C.S.A.; ARMADA, C.A.S. Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 17-35, 2017.

VERTOVEC, S. **Transnacionalism**. New York: Routledge, 2009.

RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: Criminalização do enriquecimento ilícito à luz das experiências brasileira e italiana

ASSETS RECUPERATION: Criminalization of illicit enrichment according to the brazilian and italian experiences

Eduardo Veiga Vidal[I]
Raul Bertani de Campos[II]

Resumo:

O artigo analisa a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito no Brasil, avaliando sua constitucionalidade e comparando-a com experiências internacionais, especialmente a italiana. O estudo parte da constatação da ineficácia do sistema judicial brasileiro no combate à corrupção e da necessidade de adoção de novas estratégias, entre elas o uso de instrumentos patrimoniais, observados os contextos de criminalidade organizada e de corrupção. Apesar de sua defesa por organismos internacionais, a criminalização do enriquecimento ilícito é alvo de críticas no Brasil em razão de aparente violação de preceitos constitucionais, como o princípio da fragmentariedade do Direito Penal, da presunção de inocência e as regras de distribuição do ônus da prova. Defende-se, então, sua inconstitucionalidade. É apontado, como alternativa, o confisco alargado, compatível com a constituição, sem prejuízo da contínua análise da experiência europeia como fonte de subsídios para combate à criminalidade no país.

Palavras-chave: criminalização do enriquecimento ilícito; (in)constitucionalidade; criminalidade organizada; corrupção.

Abstract: The article analyzes the proposal to criminalize illicit enrichment in Brazil, assessing its constitutionality and comparing it with international experiences, particularly the Italian one. The study begins by acknowledging the inefficiency of the Brazilian judicial system in combating corruption and the need to adopt new strategies, including the use of asset-based instruments, considering the contexts of organized crime and corruption in the country. Despite being supported by international organizations, the criminalization of illicit enrichment has been subject to criticism in Brazil due to its apparent violation of constitutional principles, such as the principle of minimal criminal intervention, the presumption of innocence, and the rules governing the burden of proof. The article argues, therefore, that such criminalization is unconstitutional. As an alternative, it proposes the adoption of extended confiscation, which is compatible with the Constitution, while emphasizing the

[I] Mestrando pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí/SC, Brasil). Especialista em Direito e Gestão Judiciária. Especialista em Direito Penal e Processual Penal. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: eduardoveiga@tjsc.jus.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4846200841094745. Artigo apresentado no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

[II] Mestrando pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí/SC, Brasil). Especialista em Direito e Gestão Judiciária. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: raul.bertani@tjsc.jus.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1256258803045672

importance of continuously analyzing the European experience as a source of insights for combating crime in the country.

Keywords: criminalization of illicit enrichment; (un)constitutionality; organized crime; corruption.

INTRODUÇÃO

Atribui-se a Cícero (106-43 a.C.) a afirmação de que a história é a testemunha dos tempos, a luz da verdade, a vida da memória e a mensageira da velhice; a Heráclito de Éfeso (535-475 a.C.), a constatação segundo a qual ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois, quando nele se entra novamente, não encontra as mesmas águas, e o próprio ser já se modificou.

Alencar e Gico Jr. ressaltam que, em 2011, estudo da Fundação Getúlio Vargas classificou como desprezível a eficácia do sistema judicial brasileiro no combate à corrupção, e que, à época, a chance de um agente corrupto ser efetivamente condenado no plano criminal era inferior a 3,17%, ao passo que probabilidade de responsabilização cível era ainda menor, e girava em torno de 1,59%.[III]

Barroso (aponta que as causas imediatas da corrupção no Brasil são o sistema político e a impunidade, e afirma que, com poucas exceções, o sistema criminal brasileiro mantém postura leniente em relação ao fenômeno corruptivo, seja por deficiências das leis, seja por pouca disposição do Judiciário em condenar tais crimes. Para ele, o sistema punitivo brasileiro, historicamente, só foi capaz de punir gente pobre, por delitos violentos ou por drogas.[IV]

À luz desse cenário, este artigo pretende abordar a criminalização do enriquecimento ilícito, estratégia patrimonial de combate à criminalidade que,

---

[III] ALENCAR, Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do Sistema Judicial no Combate à Corrupção. In: **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 75-98; jan./jun 2011. Disponível em: **https://www.scielo.br/j/rdgv/a/RnpB38hsSR9ZtR7zgbVNXXC/?format=pdf&lang=pt**. Acesso em: 20 fev. 2022.

[IV] BARROSO, Luis Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas. In: SALGADO, Daniel de Resende (coord.) *et al.* Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 23-34.

embora integre discussão recente no Brasil, há muito é tratada em alguns países europeus, dentre os quais a Itália.

O artigo é composto por dois tópicos principais. No primeiro, almeja-se discorrer sobre a criminalização do enriquecimento ilícito e investigar a (in)constitucionalidade da proposta brasileira para adoção da medida. Por fim, analisa-se a experiência italiana quanto ao tema.

Ao que tudo indica, a experiência brasileira está a confirmar a ciclicidade da história – também observada na seara jurídica –, e, quando se volta o olhar a países que, à frente do tempo hoje aqui vivido, antes submeteram-se às nossas ainda atuais experiências, é possível antever desfechos, erros e acertos.

O procedimento adotado para a pesquisa é o bibliográfico, com remissões pontuais à doutrina especializada e à legislação (nacional e estrangeira).

A abordagem perpassa por aproximações com a teoria econômica do crime e com a teoria comportamental relacionada à criminalidade, mas nelas não se aprofunda, visto que o objetivo primordial é destacar os contextos já vivenciados e, sobretudo, as discussões acerca da constitucionalidade dos institutos abordados.

A título de delimitação terminológica, quando se menciona o combate à criminalidade, refere-se à criminalidade organizada e aos crimes de corrupção. Quanto aos conceitos, são os oferecidos pela legislação. Com relação à corrupção, não há um “superconceito” (provido de coerência, validade, ressonância e utilidade analítica), que aborde integralmente o fenômeno corruptivo e dele nada exclua.

A fase atual é ainda pré-paradigmática, e, para além disso, o ato corruptivo é multidimensional e atrai a atenção de várias áreas, do que decorre a dificuldade epistemológica de sua conceituação.

Por certo, razões relacionadas a limitações de espaço e de tempo não permitirão que as análises aqui consignadas sejam exaustivas e dotadas de completude, o que, entretanto, não prejudicará a integridade dos argumentos expostos, e, por outro lado, permitirá a contribuição à divulgação do conhecimento, sem se olvidar o compromisso de prosseguir nas pesquisas.

1 CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Muito se discute acerca da suposta inefetividade das penas previstas para os crimes praticados por agentes públicos, notadamente aqueles que envolvam corrupção ou que permitam, por outras vias, o enriquecimento do agente.

São múltiplas as abordagens. Por exemplo, a Análise Econômica do Direito emprega conceitos da economia, pautados notadamente em escolhas racionais de indivíduos, e, assim, interpreta as normas jurídicas, seus efeitos e suas consequências.

Nesse contexto, Klitgaard ensina que "o 'cliente' corromperá o agente se ele (o cliente) perceber que seus prováveis benefícios líquidos por esse ato superem os custos líquidos".[V]

O fenômeno é complexo e não pode ser explicado apenas com base em uma única causa. Para Tanzi, em razão de sua complexidade, o combate à corrupção deve ser perseguido em muitas frentes.[VI]

Como ensina Rose-Ackerman, uma reforma que seja focada unicamente no aspecto criminal ou institucional pode não limitar a corrupção. Para tanto, precisa ser associada com maior transparência governamental global e monitoramento externo.[VII]

É indiscutível, então, a necessidade de fortalecimento dos mecanismos de controle à disposição do Estado, já que a este cabe, com base em normas e instrumentos de apuração e de penalização de condutas ilícitas, evidenciar o alto risco de corromper ou ser corrompido frente às consequências jurídicas.

Estudos da economia comportamental indicam a importância da ampla divulgação acerca da efetiva aplicação da lei penal, como meio de dissuadir condutas criminosas.

[V] KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

[VI] TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures. Washington, D.C: Palgrave Macmillan Journals on behalf of the International Monetary Fund, v. 45, n. 4, p. 559-594, dez. 1998.

[VII] ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and Economics of Bribery and Extortion. Annual Review of Law and Social Science, **New Haven**, vol. 6, p. 217-238, dez. 2010. Disponível em: https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942. Acesso em: 20 fev. 2022.

Isso porque o cálculo do custo esperado da sanção não é pautado na realidade objetiva do sistema de justiça penal, mas principalmente na percepção subjetiva dos indivíduos acerca de seu funcionamento, como ensinam Jolls, Sustein e Thaler.[VIII]

Segundo Beccaria, para que uma pena produza efeito, "basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito e é neste excedente de mal que deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o delito produziria".[IX]

Como menciona Caeiro, há casos em que o Estado e o infrator divergem a respeito da compensação trazida pelo crime, já que a sujeição à pena não anula o sentimento de compensação material trazida pelo crime, e, nessa ótica, para o autor, a pena funciona como um custo – tão só eventual – de um benefício econômico, de modo que o brocardo 'o crime não compensa' tem, assim, um conteúdo normativo: o crime não deve compensar.[X]

1.1 Proposta de criminalização do enriquecimento ilícito no Brasil

Com base nesse panorama (e, por certo, outros fatores), a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção recomenda a qualificação do enriquecimento ilícito como delito, quando intencionalmente cometido.[XI]

No Brasil, o grupo Unidos Contra a Corrupção[XII], nas "Novas Medidas Contra a Corrupção"[XIII], sugere a criminalização do enriquecimento ilícito, e o

---

[VIII] JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass Robert; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**. Stanford: Stanford University Press, v. 50, 1998.

[IX] BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1998.

[X] CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n. 2, p. 267-321, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2011_Sentido_fun%C3%A7%C3%A3o_confisco.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

[XI] Artigo 20: "Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele".

[XII] Segundo informações do site do grupo, "a coalizão é formada por organizações sem fins lucrativos, movimentos e instituições sem vínculos partidários, com atuação reconhecida no país, e que são representativas da sociedade civil, da academia e de governos locais. Seus

faz pela proposta nº. 23, de discutível constitucionalidade, por possível afronta a princípios cujas fontes têm origem constitucional ou no direito internacional, a exemplo do caráter fragmentário do Direito Penal e da distribuição do ônus da prova. Aparenta contrariar também a "doutrina do bem jurídico".[XIV]

1.1.1 Possível afronta ao princípio da fragmentariedade do direito penal

O princípio da intervenção mínima, de que decorre aquele da fragmentariedade (ou do caráter fragmentário) do Direito Penal, noticia que a intervenção penal somente se legitimará se a criminalização do fato for indispensável à proteção de determinado bem. Corolário de previsão específica da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[XV], de 1789, entre nós é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.[XVI]

Sobre o tema, explica Luisi que o direito penal, - como já notara Binding, - não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminaliza-los, por ser este o meio indispensável da tutela jurídica.[XVII]

---

propósitos são mobilizar, discutir e propor meios de implementação das propostas da campanha [...], as quais contemplam medidas efetivas para obter avanços nas diferentes dimensões que compõem essa agenda [...]".

[XIII] "PRINCIPAIS PONTOS DA MEDIDA 23: criminaliza o recebimento e a posse, entre outras condutas correlatas, de bens direitos e valores cujo valor não seja compatível com o rendimento auferido pelos agentes públicos por meios lícitos. Prevê como pena para essa conduta a reclusão de 3 a 8 anos, além do confisco dos bens. A atribuição fraudulenta da propriedade ou da posse a terceiros ('laranjas') é causa de aumento da pena. [...] Apesar da sua tipicidade autônoma, nos casos em que for constatado que o enriquecimento é apenas um dos elementos ou resultado de crimes mais graves, apenas estes serão punidos."

[XIV] Segundo Dias (2017), todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal, princípio de raiz longínqua que reside no pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII e no movimento do iluminismo penal, sendo por essa via que os bens jurídicos passam a gozar de dignidade jurídico-penal.

[XV] Art. 8º: "a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada".

[XVI] "O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social." (RHC 122464 AgR / BA).

[XVII] LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

No Brasil, o enriquecimento ilícito é disciplinado no âmbito da improbidade administrativa (artigos 9º e 10, da Lei 8.429/1992) e, embora tratado como enriquecimento sem causa, é também previsto no art. 884 do Código Civil, o que põe em dúvida a necessidade de nova previsão legal do fenômeno, notadamente como crime autônomo.

1.1.2 Reservas à inversão do ônus da prova para a atribuição de culpa

Nos termos propostos, pretende-se atribuir ao agente público o dever de provar a origem lícita do patrimônio, sob pena responsabilização criminal.

Sobre o assunto, Costa adverte:

> As normas em análise violam o princípio da presunção de inocência (CRP, art. 32, nº 2), mais especificamente três de seus corolários ou densificações, a saber: a proibição de inversão do ônus da prova, o princípio in dubio pro reo e o direito ao silêncio ou à não autoinculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), uma vez que o regime legal atacado impõe ao suspeito de enriquecimento ilícito a insuportável carga de demonstrar positivamente a licitude da evolução patrimonial incompatível com seus rendimentos. Segundo o Tribunal Constitucional, essas exigências axiológico-normativas não se limitam a conformar as diversas fases do processo penal, senão operam também decisivamente a montante, ao nível da configuração legislativa dos tipos incriminadores.[XVIII]

Embora o autor estivesse a se referir à experiência portuguesa, é inquestionável a adequação dos comentários à realidade brasileira, que também garante a presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CRFB).

Para além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, assegura que "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (art. 8º, 2), e, ainda, o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de absolvição por falta de provas (art. 386, VII).

Também necessários os registros de que "incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado" e de que, "para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável", como previsto no art. 66, 2 e 3, do Estatuto

---

[XVIII] COSTA, José Francisco de. Crítica à tipificação o crime de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor (org.) et al. **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 317-345.

de Roma do Tribunal Penal Internacional[XIX], ao abordar a presunção de inocência.

Há posicionamentos favoráveis à criminalização do enriquecimento ilícito, em termos próximos aos propostos. Menciona-se, a título de exemplo, a manifestação do Ministério Público Federal sobre o que se convencionou chamar de "Dez Medidas Contra a Corrupção" (apreciadas pelo Parlamento brasileiro), por meio da qual se invoca a teoria explanacionista da prova.[XX]

Ainda, digna de nota a proposta lusitana de reconhecimento dos princípios da "transparência das fontes de rendimento" e da "confiança ou credibilidade do Estado perante a coletividade e à daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas", mencionados por Dias:

> Chamado a pronunciar-se sobre a questão, o entendimento que prevaleceu no Ac. TC 179/2012 foi o de que a incriminação do enriquecimento ilícito, tal como prevista na lei, visava punir os "crimes anteriormente praticados e não esclarecidos processualmente, geradores do enriquecimento ilícito" e que, em consequência, não se encontrava ordenada à proteção de um "bem jurídico claramente definido", antes servindo "para proteger um qualquer bem jurídico indefinido (p. ex., a autonomia intencional do Estado, o patrimônio, a liberdade sexual, a saúde pública)", quer dizer, os bens jurídicos definidos pelas condutas geradoras do enriquecimento. [...]
> Porém, como entenderam os juízes vencidos Carlos Cadilha e Vítor Gomes, havia outras possibilidades hermenêuticas que não ligavam a incriminação à proteção dos bens jurídicos ofendidos pelos crimes geradores do enriquecimento, mas sim, e respectivamente, à "transparência das fontes de rendimento", ou à "confiança ou credibilidade do Estado (lato sensu) perante a coletividade e à daí decorrente capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão cometidas (bem jurídico mediato da incriminação)", às quais estaria ordenada "a transparência da situação patrimonial daqueles a quem incumba funcionalmente

[XIX] Promulgado no Brasil conforme Decreto n. 4388, de 25 de setembro de 2002.

[XX] "Reforça-se que não se trata de uma inversão do ônus da prova no tocante ao caráter ilícito da renda, mas sim de acolher a única explicação para a discrepância que é encontrada em dado caso concreto, após investigados os fatos e ouvido o servidor. Essa solução é amparada na moderna teoria explanacionista da prova, que tem por foco encontrar a hipótese que melhor explica a evidência disponível, bem como na tradicional teoria indutiva, que foca em associações entre coisas que estão normalmente vinculadas com base na experiência que todos compartilhamos e é o fundamento de qualquer exame sobre provas. Em outras palavras, com base na experiência comum por todos compartilhada, se a acusação prova a existência de renda discrepante da fortuna acumulada e, além disso, nem uma investigação cuidadosa nem o investigado apontam a existência provável de fontes lícitas, pode-se concluir que se trata de renda ilícita. Evidentemente, se a investigação ou o acusado forem capazes de suscitar dúvida razoável quanto à ilicitude da renda, será caso de absolvição". As "Dez Medidas Contra a Corrupção" consistiram em propostas formuladas ao Parlamento brasileiro e resultaram no texto da Lei 13.964/2019.

> preparar, manifestar ou executar a vontade do Estado (bem jurídico imediato da incriminação)".[XXI]

A considerar que o enriquecimento ilícito não foi aprovado pelo parlamento brasileiro quando apreciadas as "Dez Medidas Contra a Corrupção", parece que a teoria explanacionista da prova não foi acolhida. O tema, porém, demanda análise mais aprofundada e, para além disso, distancia-se da proposta deste trabalho.

Quanto aos princípios abordados no âmbito do Tribunal Constitucional português, aquela Corte, no Ac. TC 179/2012 declarou a inconstitucionalidade do crime de enriquecimento ilícito e, no Ac. 377/2015, ao julgar a constitucionalidade das normas que pretendiam introduzir o crime de enriquecimento injustificado, no essencial, reiterou o entendimento anterior.

2 CRIMINALIZAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NA ITÁLIA

Contexto próximo àquele vivenciado em Portugal foi observado na Itália, mas com a especial ressalva de que a análise acerca da constitucionalidade ocorrera em 1994 – quando ainda inexistente a precitada Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

O julgamento da *Corte Suprema di Cassazione* declarou a inconstitucionalidade da norma contida no art. 12 da Lei 365/1992, que criminalizava a posse injustificada de bens desproporcionais por parte de pessoas arguidas por crimes específicos.

Dentre os fundamentos adotados pela Corte italiana, mencionam-se a heterogênea aproximação de institutos de direito penal substantivo aos de medidas de prevenção, estranha ao ordenamento jurídico; a violação ao princípio da presunção de inocência e a inversão do ônus da prova ao arguido[XXII].

[XXI] DIAS, Jorge de Figueiredo. O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: LEITE, Alaor (org.) et al. Crime e Política. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 299-300.

[XXII] Em razão da inegável similitude entre os argumentos do julgado italiano e aqueles ora expostos, pede-se vênia para transcrever os trechos que seguem: "[...] os Juízos anteriores[...] censuram a disposição em causa, sobre o significado que a imposição de obrigação de o acusado justificar a legitimidade da proveniência da mercadoria determina uma inversão do

Por fim, quanto ao assunto, Godinho ensina que esses tipos de crimes, na Itália, são descritos como crimes de mera suspeita (*reato di mero sospetto*), ou de posição (*di posizione*), ou sem ação (*senza condotta*), pela razão de que o fato descrito pela lei como crime é um mero estatuto, que, por si só, não constitui um ataque a nenhum interesse juridicamente protegido.[XXIII]

Nesse toar, conduz à conclusão de que o crime é apenas um esquema com vista a superar dificuldades na produção de prova de uma conduta ilícita, através da inversão do ônus da prova, o que não é admissível.[XXIV]

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se debruçou sobre questões relacionadas à verificação da constitucionalidade da criminalização do enriquecimento ilícito e da adoção do

---

ônus da prova, com consequente comprometimento do direito de defesa, sendo a pessoa sujeita a processo penal forçada "a abandonar qualquer comportamento processual passivo", o que também o ordenamento jurídico garante-lhes, o direito de se defender também com silêncio. [...] Aqui se revela, então, o vício de constitucionalidade que aflige a disposição impugnada. Se, de fato, pode ser considerada não em contraste com os princípios constitucionais uma norma que, ao limitado fim de ativar medidas preventivas, dessume da qualidade do suspeito para alguns crimes a suspeita de que a desproporção entre bens próprios e o rendimento declarado poder ser o resultado de atividade ilegal, o mesmo não pode ser dito quando a situação análoga é trazida para dentro de uma previsão incriminadora, uma vez que legitimidade de tal caso teria intransponível obstáculo justamente no princípio da presunção de não culpa que os juízes anteriores invocaram corretamente. Decorrência natural do preceito sancionado pelo art. 27, parágrafo segundo, da Constituição, implica, de fato, que a condição de uma pessoa sujeita a processo penal assume conotações completamente amorfas aos efeitos de direito substantivo, de modo que não seja permitido tirar "suspeitas" ou "presunções" de qualquer tipo, que sirvam para qualificar uma conduta específica que o legislador julgue digna de sanção penal. Em outras palavras, o fato criminalmente relevante deve ser tal a dispensar que seu autor seja investigado ou acusado, pois essas condições, instáveis como qualquer status processual, não legitimam nenhuma apreciação em termos de valor negativo: uma valorização que inevitavelmente valeria antecipar "efeitos" que a Constituição reserva, no entanto, apenas à sentença irrevogável de condenação. O art. 12-quinquies, segundo parágrafo, do decreto-lei n. 306 de 1992, por outro lado, claramente inspirando-se em modelos típicos do procedimento de prevenção, funda sobre a qualidade do suspeito ou acusado o pressuposto subjetivo que torna um fato punível - desproporção não justificada entre ativos e rendimentos - que de outra forma não seria processado, de modo que a pessoa suspeito ou acusada, ainda que presumida inocente, estará, só por isso, sujeita a pena, em razão de uma conduta que, embora possa ter sido praticada por qualquer outro sujeito, vem a estar normatizada em termos de total indiferença". (tradução nossa).

[XXIII] GODINHO, Jorge Alexandre. Do crime de "riqueza injustificada" (Artigo 28° da Lei n. 11/2003, de 28 de Julho). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau**, vol. 11, nº. 24, p. 17, 2007, Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1097243. Acesso em: 10 mar. 2022.

[XXIV] Para ele, as presunções baseiam-se em regras de experiência, que podem ser erradas em alguns casos, e a presunção subjacente é de que outros crimes foram cometidos. Por fim, sustenta que presunções, em direito penal, violam a regra constitucional oposta, qual seja, a da presunção de inocência.

confisco alargado – estratégias penais de enfrentamento ao crime organizado e ao fenômeno corruptivo.

Efetuada a pesquisa bibliográfica proposta e providenciadas as pontuais remissões à lei e à doutrina nacional e estrangeira, ao fim do trabalho a hipótese articulada nas linhas introdutórias foi verificada, com a demonstração de que o enriquecimento ilícito, como crime autônomo, padece de inconstitucionalidade, o que não ocorre com o confisco alargado, compatível com os princípios constitucionais.

É inquestionável a necessidade de aprofundamento sobre o tema, sobretudo porque, em terras brasileiras, as discussões são ainda incipientes. A pesquisa há de ser contínua.

Deve-se, notadamente, aguardar o posicionamento a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da alegação de inconstitucionalidade do confisco alargado (precitada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6304), e isso porque, a depender do julgamento, múltiplas interpretações poderão advir, o que exigirá esforço, à luz da Constituição da República, para a admissão ou a rejeição da estratégia patrimonial no âmbito interno.

Não se pode, ainda, olvidar o caráter multidimensional do fenômeno corruptivo, o que, além de atrair a atenção de diferentes áreas do saber, conduz ao constante aprimoramento de técnicas empregadas para a prática criminosa, o que também acontece com a criminalidade organizada, que pode, ou não, relacionar-se com o crime de corrupção.

De todo modo, porém, o trabalho permitiu a constatação de que países europeus contam com abordagens sedimentadas, que, entre nós, podem nortear as discussões.

Especial destaque foi atribuído à Itália, país cuja realidade parece repetir-se na história brasileira, seja pelo que se viu do desfecho da Mani Pulite e pelo que se vê dos rumos dados à Operação “Lava Jato”, seja porque os institutos pesquisados, lá e cá, tiveram e tendem a ter trajetórias semelhantes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Higino Ribeiro de; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do Sistema Judicial no Combate à Corrupção. In:

Revista Direito GV, v. 7, n. 1, p. 75-98; jan./jun 2011. Disponível em: **https://www.scielo.br/j/rdgv/a/RnpB38hsSR9ZtR7zgbVNXXC/?format=pdf&lang=pt**. Acesso em: 20 fev. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. Empurrando a história: combate à corrupção, mudança de paradigmas. In: SALGADO, Daniel de Resende (coord.) *et al.* Corrupção: aspectos sociológicos, criminológicos e jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 23-34.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL**. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Dez medidas contra a corrupção**. Disponível em: **https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_2_versao-2015-06-25.pdf**. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1991**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: **http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm**. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não

autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.886, de 17 de outubro de 2019**. Altera as Leis nos 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 10.826, de 22 de dezembro de 2003, 11.343, de 23 de agosto de 2006, 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 13.756, de 12 de dezembro de 2018, para acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13886.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 6304.** Requerente: Associação Brasileira de Advogados Criminalistas. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, Brasília, 2020. Disponível em: **http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708**. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 122464/BA**. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur271498/false. Acesso em: 16 fev. 2022.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, ano 21, n. 2, p. 267-321, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2011_Sentido_fun%C3%A7%C3%A3o_confisco.pdf. Acesso em: 15 fev. 2022.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A inversão do ônus da prova na decretação da perda alargada: entre o Código Penal e a Lei n. 11.343/06. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 6, n. 2, p. 799-832, maio/ago. 2020.

COSTA, José Francisco de. Crítica à tipificação o crime de enriquecimento ilícito: Plädoyer por um direito penal não liberal e ético-socialmente fundado. In: LEITE, Alaor (org.) et al. **Crime e Política**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 317-345.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito (à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: LEITE, Alaor (org.) et al. Crime e Política. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 285-316.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789**. Disponível em: **https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf**. Acesso em: 15 fev. 2022.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernades. Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei nº 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1º e 7º a 12º). In: ANDRADE, Manuel da Costa et al (org.). **Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1315-1365.

GODINHO, Jorge Alexandre. Do crime de “riqueza injustificada” (Artigo 28° da Lei n. 11/2003, de 28 de julho). **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau**, vol. 11, nº. 24, p. 17, 2007, Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1097243. Acesso em: 10 mar. 2022.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass Robert; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**. Stanford: Stanford University Press, v. 50, 1998.

ITÁLIA. Corte Suprema di Cassazione. Sentenza 9 – 17 febbraio 2014. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Presidente: Prof. Francesco Paolo Casavola, Roma, 9 fev. 1994. **Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana**: 1ª serie speciale – n. 9, p. 40-50, 23 fev. 1994. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/1994/02/23/9/s1/pdf. Acesso em: 25 fev. 2022.

ITÁLIA. Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. **Approvazione del testo definitivo del Codice Penale**. Disponível em: https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1930-10-19;1398. Acesso em: 5 mar. 2022.

KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1994.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra drogas e crimes. Convenção das nações unidas contra a corrupção. Disponível em: **https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf.** Acesso em: 15 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 16 fev. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 179/2012**. Processo n. 182/2012. Relator: Cons. José da Cunha Barbosa, Lisboa, 4/4/2012. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html. Acesso em: 2 mar. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 377/2015**. Processo n. 658/2015. Relatora: Cons. Maria Lúcia Amaral, Lisboa, 27/7/2015. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html. Acesso em: 2 mar. 2022.

RIOS, Rodrigo Sánchez; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 118, p. 123-158, jan./fev. 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan. The law and Economics of Bribery and Extortion. Annual Review of Law and Social Science, **New Haven**, vol. 6, p. 217-238, dez. 2010. Disponível em: https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102209-152942. Acesso em: 20 fev. 2022.

TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures. Washington, D.C: Palgrave Macmillan Journals on behalf of the International Monetary Fund, v. 45, n. 4, p. 559-594, dez. 1998.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. Novas Medidas. Disponível em: https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/novas-medidas/. Acesso em 15 fev. 2022.

UNIDOS CONTRA A CORRUPÇÃO. Quem somos. Disponível em: https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/quem-somos/. Acesso em: 15 fev. 2022.

A RESISTÊNCIA COMO ELEMENTO PARA DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE DE AGIR

LA RESISTENZA COME ELEMENTO PER DIMOSTRARE L'INTERESSE AD AGIRE

Marcos Fey Probst[1]
Natália de Souza Ferreira

Resumo: O presente artigo estuda a importância da resistência (pretensão resistida) como elemento essencial para a caracterização do interesse de agir no processo judicial. Diante do crescimento exponencial do número de ações judiciais na contramão da limitada estrutura estatal, mostra-se necessário repensar a promoção do acesso à justiça pela via jurisdicional. Desse modo, o estudo se propõe a analisar a necessidade de configuração da resistência como elemento inafastável à configuração do interesse de agir (interesse-necessidade), a fim de justificar a demanda processual. Para a análise, o estudo se dividirá em duas partes que se entrelaçam: o exame do interesse de agir como elemento de validade da relação jurídico-processual e o estudo da pretensão resistida como justificativa do processo. Na parte metodológica, a pesquisa adotará o método dedutivo e utilizará fontes documentais e bibliográficas, incluindo decisões dos tribunais superiores, produções legislativas e doutrinas clássicas e contemporâneas. A conclusão do presente estudo é no sentido de que a demonstração da pretensão resistida é fundamental para justificar a demanda judicial, evitando a judicialização desnecessária e promovendo a resolução de conflitos por meios extrajudiciais. Assim, para a configuração da pretensão resistida, faz-se necessária a demonstração da necessidade do provimento jurisdicional (configuração do interesse de agir no viés da necessidade), sobretudo quando possível a resolução da controvérsia pela via extraprocessual. A ponderação não visa obstar o acesso à justiça, mas somente justificar a necessidade de acesso ao Poder Judiciário, visando racionalizar a atuação jurisdicional e resguardá-la aos casos que efetivamente careçam da apreciação pelo Estado-Juiz.

Palavras-chave: interesse de agir; pretensão resistida; acesso à justiça.

Riassunto: Il presente articolo studia l'importanza della resistenza (pretesa resistita) come elemento essenziale per la caratterizzazione dell'interesse ad agire nel processo giudiziario. Di fronte alla crescita esponenziale del numero di azioni giudiziarie in contrasto con la limitata struttura statale, si rende necessario ripensare la promozione dell'accesso alla giustizia attraverso la via giurisdizionale. Pertanto, lo studio si propone di analizzare la necessità di configurare la resistenza come elemento imprescindibile per la configurazione dell'interesse ad agire (interesse-necessità), al fine di giustificare la domanda processuale. Per l'analisi, lo studio sarà diviso in due parti che si intrecciano: l'esame dell'interesse ad agire come elemento di validità del rapporto giuridico-processuale e lo studio della pretesa resistita come giustificazione del

[1] Artigo submetido para publicação no E-book *Caderno Reflexões Acadêmicas: Direito, Transnacionalidade de Inteligência Artificial* - Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

processo. Nella parte metodologica, la ricerca adotterà il metodo deduttivo e utilizzerà fonti documentali e bibliografiche, comprese le decisioni dei Tribunali Superiori, le produzioni legislative e le dottrine classiche e contemporanee. La conclusione del presente studio è nel senso che la dimostrazione della pretesa resistita è fondamentale per giustificare la domanda giudiziaria, evitando la giurisdizionalizzazione non necessaria e promuovendo la risoluzione dei conflitti attraverso mezzi extragiudiziali. Pertanto, per la configurazione della pretesa resistita, è necessaria la dimostrazione della necessità del provvedimento giurisdizionale (configurazione dell'interesse ad agire nel contesto della necessità), soprattutto quando è possibile la risoluzione della controversia attraverso la via extraprocessuale. La ponderazione non mira a ostacolare l'accesso alla giustizia, ma solo a giustificare la necessità di accesso al Potere Giudiziario, mirando a razionalizzare l'azione giurisdizionale e riservarla ai casi che effettivamente necessitano dell'apprezzamento da parte dello Stato-Giudice.

Parole chiave: interesse ad agire; pretesa resistita; accesso alla giustizia.

INTRODUÇÃO

Os conflitos e as insatisfações são fatos sociais intrínsecos à vida em sociedade e características marcantes no desenvolvimento humano. Desde o exercício da autotutela (ou autodefesa) – sistema primitivo que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais esperto ou mais ousado sobre o mais fraco ou acanhado[2] –, até a concentração da jurisdição pelo Estado, verificada de forma prematura com o surgimento dos Estados Modernos e desenvolvida até a forma que a encontramos na atualidade, o exercício da jurisdição é o principal elemento de pacificação social[3].

A figura de um juiz imparcial – revestido de jurisdição estatal – e a submissão dos litígios privados, a fim de obter uma decisão justa, são garantias fundamentais do estado social, positivada na Carta Magna a qual determina que "a lei não excluirá da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, inc. XXXV, da CF)[4].

---

[2] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

[3] Cintra, Grinover e Dinamarco ponderam que "a pacificação mediante conflitos é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual, uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária de seus membros e felicidade para cada um" (*Ibid*, p. 46).

[4] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Online]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 mai. 2024.

No entanto, para além das concepções históricas e filosóficas que justificam esse fato social, bem como sem desconsiderar a garantia expressa de acesso à justiça estampada na Constituição Federal, o cenário atual mostra que há a necessidade de se (re)pensar a utilização desse importante mecanismo no âmbito forense.

O crescente volume de processos na contramão da limitada estrutura estatal torna desafiadora a efetivação de uma prestação jurisdicional justa e célere[5]. Além disso, a multiplicação de demandas predatórias[6] desvirtua o ideal de pacificação social, tornando tênue a fronteira da prática abusiva e fraudulenta com a garantia de acesso à justiça.

Diante das inúmeras demandas que diariamente ascendem às "pilhas digitais" do Poder Judiciário, uma releitura do acesso à justiça pela via jurisdicional parece ser uma medida necessária, ao estabelecer um sistema de filtragem inicial, demandando que a parte que se compreenda lesada demonstre a efetiva necessidade do provimento jurisdicional, especialmente quando houver a possibilidade de promover o acesso à justiça por outras formas que não pela via Judiciária, por representar um "acesso mais natural

---

[5] Conforme estudo apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2023, verificou-se "que desde 2020 o judiciário tem enfrentado nova série de aumento dos casos pendentes, com crescimento de 1,8 milhão entre 2021 e 2022. Pela primeira vez na série história, o volume de processos em tramitação superou 80 milhões" (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023, p. 92). Além disso, sobre a limitada estrutura estatal e a dificuldade de contingenciamento do crescente número de demandas, Bianca Figueiredo contribui ao sintetizar que "ainda que houvesse mais investimentos em sua estrutura e pessoal, com a instalação de fóruns e a contratação de juízes e servidores, não se resolveria o problema da sobrecarga do judiciário, porquanto tal medida já foi adotada e o que se viu foi somente o aumento do número de processos. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando da criação dos Juizados Especiais originariamente pensados para que fossem uma justiça mais célere e desburocratizada, atualmente contam com mais processos em tramitação do que muitas varas cíveis da justiça comum" (FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. **Consumidor.gov.br**: a exigência de utilização da plataforma de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do poder judiciário, à luz da análise econômica do direito. Dissertação (Mestrado em Direito e Acesso à Justiça). Programa de Mestrado Profissional em Direito – Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2019, p. 75).

[6] Acerca da nomeada "demanda predatória", o Conselho Nacional de Justiça elucida que "alguns dos indicativos de demandas predatórias ou fraudulentas percebidos pelos tribunais se relacionam com as seguintes características: quantidade expressiva e desproporcional aos históricos estatísticos de ações propostas por autores residentes em outras comarcas/subseções judiciárias; petições iniciais acompanhadas de um mesmo comprovante de residência para diferentes ações; petições iniciais sem documentos comprobatórios mínimos das alegações ou documentos não relacionados com a causa de pedir; procurações, contestações e recursos genéricos; distribuição de ações idênticas" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Litigância Predatória**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/litigancia-predatoria/. Acesso em: 9 ago. 2024.).

aos Direitos sem a prévia judicialização", como pontuado por Bruno Makowiecky Salles[7].

Isso porque, "o acesso à justiça não se refere somente ao direito formal de recorrer à jurisdição, mas, na verdade, ao direito de obter uma decisão que seja materialmente justa em relação ao litígio"[8]. Assim dizendo, havendo outra via possível de promover a resolução da questão jurídica de forma justa, essa será adequada para proporcionar o efetivo acesso à justiça.

Dessa forma, o estabelecimento de um mecanismo de filtragem não visa obstaculizar o acesso à justiça, mas apenas justificar a necessidade da demanda judicial – elemento que integra o interesse de agir enquanto condição da ação[9] – para que haja o conhecimento e a resolução sobre a controvérsia no âmbito judicial.

A presente pesquisa pretende, portanto, examinar se, diante do cenário atual e do constante aumento de demandas que diariamente adentram ao

---

[7] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre civil law e common law. v. 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 42.

[8] ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; SANTOS, Kleber Soares de Oliveira. **Resolução de conflitos na perspectiva do sistema multiportas e sua relevância na efetivação do acesso à justiça**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 24, n. 48, 2022, p. 272.

[9] Há na doutrina divergência sobre a classificação relacionada ao interesse de agir, se elemento associado à condição da ação ou se requisito de pressuposto processual (pressuposto processual intrínseco positivo). A compreensão acerca da categorização como condição da ação é respaldada pela doutrina clássica de Enrico Tullio Liebman, como destaca Rodolfo Camargo Mancuso: "Pode-se dizer que também em face do vigente CPC a concepção de Liebman sobre a ação segue de atualidade, porque, embora o Código não traga uma definição do direito da ação (forte no aviso romano: *omnia definitio in iuris civilis periculosa est*), fato é que o mestre milanês afirmara que as condições de admissibilidade da ação são 'o interesse de agir e a legitimação', o que aparece recepcionado no art. 17 do CPC" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria Geral do Processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49). Na doutrina moderna, como defensores do interesse de agir enquanto condição da ação (posição majoritária), cita-se os doutrinadores Daniel Amorim de Assumpção Neves, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, enquanto quanto aos defensores da segunda corrente cita-se os doutrinadores Fredie Didier Jr e Jaylton Lopes Jr. Sobre a logicidade de se compreender os elementos 'interesse de agir e legitimidade' como condições da ação, Fernando Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Roque e Zulmar Oliveria Junior elucidam que "o Código perseverou na prática de tratar a condições da ação em plano diverso dos pressupostos processuais, como topologicamente expressam os incisos IV e VI do art. 485. Depois, como já anteposto, as condições da ação têm ligação com a viabilidade da demanda, *quid* certamente diferente dos pressupostos processuais, relacionados exclusivamente com o processo enquanto processo (processo sobre processo) [...] Ademais, não se tem rendimento pragmático na inserção do interesse e da legitimidade no rol dos pressupostos processuais, sendo que, ao revés, dificulta-se e prejudica-se a perfeita compreensão de tais institutos [...] Portanto, o interesse e a legitimidade no Código persistem como condições da ação, condicionando o exame do mérito com base em juízo exercido sobre a pretensão de direito material estratificada nos autos" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022). Assim, nesta pesquisa, adotar-se-á o interesse de agir como condição da ação, consoante doutrina majoritária.

sistema judiciário, é possível compreender a resistência (pretensão resistida) como um elemento central para a caracterização do interesse de agir (interesse-necessidade), de modo a efetivar o preenchimento dos requisitos listados no art. 17 do Código de Processo Civil. A hipótese levantada é positiva ao analisar a questão sob o prisma do interesse-necessidade, de modo que há a exigência de constatação da pretensão resistida como elemento justificante da ação judicial.

A fim de desenvolver e validar a hipótese apontada, a pesquisa se dividirá em dois pontos entrelaçados: a análise do interesse de agir como elemento de validade da relação jurídico-processual e, no segundo momento, o exame da pretensão resistida como elemento justificador do processo.

Na primeira parte do estudo, analisar-se-á o interesse de agir enquanto elemento de validade da relação jurídica processual, tendo em vista que, sob o prisma do interesse-necessidade, a eleição da prestação jurisdicional somente ocorrerá quando o conflito não puder ser resolvido senão pelo processo judicial.

Na segunda parte do estudo, será estudada a pretensão resistida como elemento de justificação do processo. Ligado diretamente ao ponto anterior, a necessidade de demonstração do interesse de agir, a respaldar a validade da relação jurídico processual, ocorrerá quando evidenciada a resistência da parte adversa na satisfação da pretensão do autor. No tópico, serão analisados alguns precedentes judiciais emanados pelas Cortes Superiores, bem como produções legislativas importantes para a temática, tal como a Lei nº 13.188 de 2015, referente ao direito de resposta, e o Projeto de Lei nº 533 de 2019, o qual visa positivar no Código de Processo Civil a demonstração de pretensão resistida pelo autor da demanda judicial, sob pena de extinção da ação sem resolução de mérito.

Adota-se na presente pesquisa o método dedutivo de abordagem e como método de pesquisa a pesquisa documental e bibliográfica, especialmente as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, a produção doutrinária clássica e contemporânea nacional e os estudos científicos ligados aos pontos objetos de estudo.

1 A DINÂMICA ENTRE A RESISTÊNCIA E O INTERESSE DE AGIR

1.1 O interesse de agir como elemento de validade da relação jurídico-processual

Ao promover a submissão dos inconformismos e conflitos visando obter o provimento judicial, é necessário demonstrar, além da titularidade de uma relação jurídica, a efetiva necessidade do provimento "não só para quem o postula, mas também para o alcance do escopo da atividade jurisdicional que é a pacificação social"[10].

A necessidade do provimento judicial, na verdade, é apenas uma das facetas que integram o interesse de agir, cuja previsão legal é disposta no art. 17 do Código de Processo Civil Brasileiro — "para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade"[11] —, possuindo ainda o viés da utilidade[12].

Para o processualista italiano Enrico Tullio Liebman, cuja relevância para a sistemática processual brasileira dispensa maiores destaques, o interesse de agir "decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão a esse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo"[13].

Em compreensão pontualmente convergente, Francesco Carnelutti ensina que o interesse de agir se demonstra a partir da necessidade de obtenção de uma providência jurisdicional em relação ao interesse substancial contido na pretensão – a qual se revela a partir da resistência[14].

---

[10] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Pressupostos processuais e condições da ação**. Justitia, São Paulo, v. 53, n. 156, p. 48-66, out./dez. 1991, p. 4. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/23922. Acesso em: 01 mai. 2024.

[11] BRASIL. **Lei nº 13.105**, **de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. 2015 [a] [Online]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 mai. 2024.

[12] No ponto, importa destacar que a doutrina majoritária defende que o interesse de agir é composto apenas por dois requisitos: a necessidade e a adequação (Fredie Didier Junior, Daniel Amorim de Assumpção Neves, Marcus Vinicius Rios Gonçalves, dentre outros). Sobre a classificação bipartite, há quem considere que os requisitos são nomeadamente: a utilidade e a adequação (Arruda Alvim). Por fim, ressalva-se que parcela acresce uma terceira dimensão, ao classificar como requisitos: a necessidade, a utilidade e a adequação (Cândido Dinamarco Rangel).

[13] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 206.

[14] CARNELUTTI, Francesco. **Instituiciones del processo civil**. Trad. de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

Assim, para a configuração do interesse de agir, Daniel Amorim de Assumpção Neves elucida que “haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário”, enquanto que, para verificação da adequação “se entende que o pedido formulado pelo autor deve ser apto a resolver o conflito de interesses na petição inicial”[15]. Além disso, o interesse de agir “é fato que deve existir para que a instauração do processo se dê validamente. Se por acaso faltar interesse de agir, o pedido não será examinado”[16].

Dessa forma, ao analisar o interesse de agir na tutela jurisdicional sob o prisma da necessidade do processo (interesse-necessidade), não haverá necessidade o conflito que puder ser resolvido sem o auxílio da tutela jurisdicional. Ou seja, sendo “viável ao autor obter o resultado prático almejado sem o auxílio da tutela jurisdicional, o processo mostra-se desnecessário, estando ausente o interesse-necessidade”[17].

A questão possui grande relevância ao considerar a existência de mecanismos que permitem abrangente acesso à resolução de conflitos na esfera extraprocessual, situação que, ao considerar a exigência de demonstração do interesse-necessidade, reclama o prévio acesso das partes litigantes antes do ajuizamento da demanda judicial.

No ponto, a submissão de controvérsias perante o Poder Judiciário se operaria apenas de modo subsidiário, em caso de manutenção do desacordo entre as partes ou da falta de resposta/negativa da parte requerida, circunstâncias que demandaria a intervenção judicial e que evidenciaria, portanto, a manifesta resistência à pretensão do autor.

Sobre a questão, nas palavras de Adroaldo Furtado Fabrício:

> Não tem interesse de agir aquele que pode alcançar a satisfação do seu invocado direito subjetivo por vias menos onerosas, social e economicamente, do que a disputa judicial. É a necessidade de que se fala, não apenas para bloquear as indesejáveis demandas

[15] NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Manual de processo civil** – volume único. 12ª ed. Salvado: ed. JusPodvm, 2019, p. 133.
[16] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: parte geral e processo de conhecimento. 23ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021, p. 474.
[17] OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. **Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa**: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 122.

> caprichosas ou emulatórias, mas também para impedir o desperdício de labor estatal na solução de conflitos para os quais há outros remédios eficientes[18].

Nesse caminho, a necessidade demonstra que o interesse de agir serve como um filtro inicial, que visa garantir que o Poder Judiciário seja acionado apenas quando absolutamente necessário. Isso não apenas preserva os recursos do Estado, mas também fomenta a promoção da resolução de conflitos por meios extraprocessuais, tal como a composição. Trata-se de racionalizar e otimizar o acesso ao Poder Judiciário, sem prejuízo ao direito constitucional de acesso à justiça através de inúmeros mecanismos atualmente existentes de solução extrajudicial de conflitos.

A adoção de uma compreensão mais restritiva visa encorajar as partes a considerarem soluções mais colaborativas antes de procederem ao litígio judicial, o que pode levar a resultados mais sustentáveis e céleres, desvencilhando-se, portanto, da cultura de judicialização e da "noção equivocada de que toda demanda, ainda que não contenha qualquer complexidade, necessita ser apresentada ao Judiciário para ser solucionada"[19]. A promoção dessas alternativas não apenas desafoga os tribunais, mas também pode resultar em uma maior satisfação das partes envolvidas, ao resolverem seus conflitos de maneira mais direta e personalizada.

Certo que a aplicação restrita é limitada às ações obrigacionais, reais e personalíssimas, pois "há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação"[20], bem como possibilidade de disposição voluntária, não se aplicando, logicamente, às demandas que careçam de obrigatório crivo do Poder Judiciário (ações judiciais necessárias), a exemplo das demandas envolvendo incapazes (absoluta e relativamente).

Dessa forma, a compreensão sobre a importância do interesse de agir, enquanto elemento de validade da relação jurídico-processual, ressalta ser não apenas uma medida de racionalidade processual, mas também uma estratégia

---

[18] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Interesse de agir como pressuposto processual**. In Revista EMERJ, v. 20, n. 1, p. 164 - 195. Rio de Janeiro, 2018, p. 179 - 180.
[19] ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; SANTOS, Kleber Soares de Oliveira. **Resolução de conflitos na perspectiva do sistema multiportas e sua relevância na efetivação do acesso à justiça**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 24, n. 48, 2022, p. 278.
[20] Didier, 2021, p. 476.

de limitação à atuação do Poder Judiciário apenas às causas que não puderem ser solucionadas por vias extrajudiciais – por sua própria natureza ou pelo insucesso da tentativa de resolução.

2 A PRETENSÃO RESISTIDA COMO REQUISITO JUSTIFICADOR DO PROCESSO

A atuação racional do Estado-Juiz conduz à necessidade de justificação do processo judicial. A questão é estreitamente ligada ao interesse de agir, uma vez que para a observância do interesse, faz-se necessária a presença do elemento justificador, qual seja: a resistência à pretensão do autor.

Para além dos mecanismos de resolução de conflitos na seara extraprocessual, a demonstração do interesse de agir – enquanto interesse-necessidade – impõe a comprovação de resistência apta a justificar a propositura da demanda judicial.

Um exemplo que reflete a referida compreensão é visto na discussão referente à ação cautelar de exibição de documentos, em que a Corte da Cidadania estabeleceu, no Tema nº 648, que há interesse de agir para a propositura da ação, devendo, no entanto, serem demonstrados os seguintes requisitos:

> A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária.[21]

O entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça é deveras relevante sob a perspectiva da exigência de demonstração do interesse-necessidade, uma vez que se mostra devida a comprovação da necessidade de utilização do aparato estatal para a satisfação da pretensão do interessado, não satisfeita espontaneamente no campo extrajudicial.

[21] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Tema Repetitivo 648**. [Online]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=648&cod_tema_final=648. Acesso em: 01 mai. 2024.

Substancial fundamento sobre a necessidade de prévio requerimento à instituição financeira foi apresentado no voto-vista proferido pela Ministra Maria Isabel Galotti, ao consignar que:

> Se não houver iniciativa de seu cliente de pedir na agência de relacionamento [...] a emissão de segunda via dos documentos já fornecidos, não há como se considerar configurada resistência do banco, e, portanto, interesse de agir que justifique a movimentação do Poder Judiciário.[22]

A compreensão externalizada pela Ministra contempla justamente o cerne da presente pesquisa, no sentido de que é elemento necessário à eleição da resolução de conflito via Poder Judiciário a comprovação de pretensão resistida como fundamento justificante do interesse de agir através do aparato estatal.

Ao mesmo tempo que a compreensão é teórica, sua dedução é bastante lógica: quando a disponibilização/resolução da controvérsia puder ser satisfeita/sanada diretamente pela parte contrária, faz-se necessário que antes haja a negativa da parte oposta ou o não atendimento do pleito em prazo razoável para somente após viabilizar a persecução processual. Reforça-se: trata-se de racionalizar e otimizar o acesso ao Poder Judiciário, sem prejuízo dos valores constitucionalmente albergados quanto ao acesso à justiça.

Também merece destaque o precedente oriundo do Supremo Tribunal Federal que tratou da necessidade de prévia formulação de pedido administrativo nas demandas previdenciárias (Tema nº 350), em que firmou a tese de que "A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise [...]"[23].

Apesar da pouca relação com o estudo, uma vez que a exigência de prévio requerimento administrativo às demandas previdenciárias se justifica pela "adequada interpretação ao princípio da separação de Poderes", pois,

---

[22] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1349453/MS**, 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202189555. Acesso em: 01 mai. 2024, p. 31.

[23] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 350**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350. Acesso em: 01 mai. 2024.

“permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração, significa transformar o juiz em administrador”[24], a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 631.240-MG), em uma análise *lato sensu*, demonstra a possibilidade de imposição de requisitos ao acesso racional ao Poder Judiciário, sem que haja violação ao acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF).

Na referida decisão (RE nº 631.240-MG), a aplicação do prévio requerimento administrativo para hipóteses diversas da questão previdenciária não teve sua importância adequadamente reconhecida. Na verdade, o voto proferido pelo relator Ministro Luís Roberto Barroso, em caso exemplificativo, cita hipótese em que uma concessionária de energia elétrica faz uma cobrança indevida em fatura de conta de luz, no caso, o julgador apontou que o consumidor não necessitaria demonstrar ter contestado a dívida administrativamente, porquanto “seu direito é lesado pela mera existência da cobrança, sendo suficiente a descrição deste contexto para a configuração do interesse de agir”[25].

Sob o prisma do presente estudo, no entanto, ainda que tenha havido a cobrança indevida pela concessionária, para fins de configuração do interesse de agir pela via processual, importaria a prévia contestação da cobrança perante a concessionária, por qualquer meio idôneo disponível ao consumidor, sobretudo porque há a possibilidade de resolução da controvérsia pela via administrativa. Obstada a satisfação do bem da vida tutelado nas relações de cunho patrimonial, materializado estará o interesse de agir.

Em caso que reforça a ideia da resistência como mecanismo de justificação do interesse de agir, tem-se o *habeas data* que, apesar de hoje ser matéria legislada (Lei nº 9.507 de 1997), adveio do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no qual foi estabelecida a necessidade de prévia solicitação das pretendidas informações perante a autoridade administrativa competente, para, somente diante da negativa do órgão ou do não atendimento no prazo legal, viabilizar impetração de *habeas data*. Segundo Didier e Fernandez:

---

[24] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. RE 631240/MG**, 2014, p. 6. Disponível em> https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=275839084&ext=.pdf. Acesso em 01 out. 2024.
[25] *Ibid*, p. 14.

> Na visão do Supremo Tribunal Federal, diante da existência de garantia constitucional de recebimento, dos órgãos públicos, das informações de interesse particular do indivíduo, somente com a frustração de sua obtenção pela via administrativa seria justificável a provocação do Poder Judiciário. Essa orientação, adotada desde 1990 no Enunciado nº 2 da súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal, viria a ser prevista na Lei nº 9.507/1997, que exige que a petição inicial de habeas data seja acompanhada de comprovação de recusa ou da inércia do responsável pelo banco de dados para a concessão de acesso, a retificação de informação ou o registro de anotação[26].

No âmbito legislativo, a intelecção também foi aplicada aos requisitos estabelecidos pela Lei nº 13.188 de 2015 para o exercício do direito de resposta ou de retificação perante veículo de comunicação. Isso porque, da redação do art. 3º, é possível verificar que para a caracterização do interesse de agir na via judicial, é necessário que o ofendido busque previamente perante o veículo de comunicação o exercício do direito de resposta:

> Art. 3º O direito de resposta ou retificação deve ser exercido no prazo decadencial de 60 (sessenta) dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de recebimento encaminhada diretamente ao veículo de comunicação social ou, inexistindo pessoa jurídica constituída, a quem por ele responda, independentemente de quem seja o responsável intelectual pelo agravo.[27]

Nota-se que ambos os casos demonstram que, apesar da utilidade da demanda judicial para alcançar o bem da vida pretendido (acesso à informação e garantia do direito de resposta ou de retificação), é necessária a caracterização da necessidade do processo judicial, que somente se justifica diante da negativa ou da morosidade da administração, ou do veículo de comunicação, em apresentar uma resposta ao pleito dentro do prazo legal.

Na perspectiva legislativa atual, a discussão referente à demonstração de pretensão resistida consta do Projeto de Lei nº 533 de 2019, o qual avança

---

[26] DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas**. Revista AJURIS: Porto Alegre, v. 50, n. 154 - jun, 2023, p. 173.

[27] BRASIL. **Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social**. 2015[b] [Online]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm. Acesso em: 09 ago. 2024.

no sentido de positivar a exigência de comprovação da pretensão resistida no Código de Processo Civil, com o acréscimo do parágrafo único ao art. 17 e do § 3º ao art. 491, com redação inicial:

> Art. 17. [...] Parágrafo único: Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.
> Art. 491. [...] § 3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial[28].

O Projeto de Lei objetiva positivar o filtro inicial à atuação do Poder Judiciário, tornando medida cogente a prévia comprovação pela parte requerente de que houve tentativa de resolução do problema jurídico pela via extrajudicial, sendo viável o ajuizamento em caso de resistência da parte contrária em satisfazer a pretensão do autor, servindo, assim, de "condicionante à constatação do interesse processual"[29].

O reflexo da questão na via processual, ao adotar a premissa da necessidade de demonstração da resistência da parte adversa para configuração do interesse de agir, revelaria o dever do magistrado, ao identificar a ausência de preenchimento do requisito, oportunizar à parte o saneamento do ponto, em privilégio aos princípios basilares da cooperação (art. 6º do Código Processual Civil) e da primazia do julgamento de mérito (art. 488 da Lei Adjetiva), para, somente em caso de inércia da parte interessada, proceder à extinção do feito sem resolução de mérito, conforme preceitua o art. 485, inc. VI, do Código Processual Civil.

No âmbito da Justiça Estadual Catarinense, a discussão encontra espaço nos casos relacionados aos processos ajuizados contra a concessionária estadual energia elétrica para indenizações decorrentes de danos ocasionados no processo de secagem de folhas de fumo. O entendimento divergente entre as Câmaras de Direito Civil motivou a

---

[28] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 533 de 2019**. [Online]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708243&filename=Tramitacao-PL%20533/2019. Acesso em: 01 mai. 2024.
[29] *Ibid*, p. 5.

instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)[30], para, justamente, discutir se é necessário a realização de prévio pedido administrativo perante a Concessionaria para caracterização do interesse de agir na via processual.

Apesar das discordâncias existentes no referido Tribunal, adequada a premissa de que para a constatação do interesse de agir seria necessária a demonstração da resistência, evidenciada com a oposição (por ato comissivo ou omissivo) da concessionária estadual de energia elétrica em sede de pedido administrativo (ou outro meio idôneo capaz de referendar a resistência à pretensão), possibilitando, previamente ao ajuizamento da ação, a satisfação total ou parcial da pretensão.

No Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a abordagem sobre a temática foi alvo de uniformização através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 1.0000.22.157099-7/002, o qual firmou o Tema nº 91 que estabelece que "a caracterização do interesse de agir nas ações de natureza prestacional das relações de consumo depende da comprovação da prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia"[31]. Referido tema prevê a necessidade de comprovação do pedido administrativo para viabilizar o recebimento da petição inicial e, nos casos que houver excepcional risco de perecimento do direito alegado, deverá o Juízo aferir o interesse de agir de forma diferida, impondo ao autor exibir a tentativa de solução extrajudicial da controvérsia em até 30 dias úteis, a contar da decisão que analisou o pedido de tutela de urgência, sob pena de extinção da ação sem resolução de mérito.

Outro recente e relevante avanço no cenário jurídico adveio com a Recomendação nº 159/2024 editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta recomendação, ao analisar medidas para identificação, tratamento e prevenção da litigância abusiva ou predatória, incluiu na lista de medidas judiciais a serem observadas pelos julgadores a "notificação para apresentação

[30] TJSC, IRDR nº 5057434-13.2023.8.24.0000, Rel. Des. Gerson Cherem II.
[31] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Tema 91 IRDR - TJMG**. 2024. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/recurso-repetitivo-e-repercussao-geral/detalhes-de-recurso-repetitivo-8ACC82D2928CD10B0192DE7DB4F35833.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

de documentos que comprovem a tentativa de prévia solução administrativa, para fins de caracterização da pretensão resistida”[32].

Assim, do panorama apresentado, seja através da via legislativa, da existência de precedentes (mesmo que isolados) no âmbito dos Tribunais Superiores, da reflexão interna do Tribunal de Justiça Catarinense e do avanço galgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim como da recente e destacada recomendação exarada pelo Conselho Nacional de Justiça, é notório o interesse dos múltiplos atores em discutir e refletir acerca da construção de um senso de mudança na esfera judicial. A ponderação sobre a utilização da via processual é uma medida atual que requer uma análise racional e equilibrada, a fim de melhor operacionalizar o sistema judiciário e melhorar a prestação jurisdicional à sociedade.

O estabelecimento de um critério mais objetivo para a aferição do interesse de agir, através da necessária demonstração da resistência da parte contrária, que pode ler-se por diversos meios de prova, é medida que visa concretizar os objetivos da parte interessada (lesada), resguardando a atuação judicial às demandas que efetivamente a requeiram, sem que incorra em óbice ao exercício do acesso à justiça.

Dessa forma, a demonstração da pretensão resistida como requisito justificador do processo – frisa-se, prévia tentativa de resolução na via extrajudicial que restou frustrada ou não foi atendida a tempo e modo –, é medida bastante razoável, consentânea com a Constituição Federal e tem como finalidade justamente operar como um sistema de filtragem ao acesso ao Poder Judiciário, com a racionalização da atuação do Estado-Juiz (inclusive para viabilizar o direito ao acesso à justiça e à duração razoável dos processos), mas, também, fomentar a utilização de meios extraprocessuais de resolução de controvérsias pelas partes litigantes sempre que possível.

3 CONCLUSÃO

[32] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 159 de 23 de outubro de 2024**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original233101202410236719873 5c5fef.pdf. Acesso em: 3 dez. 2024.

A pesquisa analisou a resistência (pretensão resistida) como um elemento-chave para a caracterização do interesse de agir, condição necessária para acesso ao Poder Judiciário conforme ordena o art. 17 do Código de Processo Civil. A medida é de salutar importância, diante do crescimento exponencial do volume de processos e da limitada estrutura estatal, evidenciando a necessidade de se repensar a utilização da via judicial.

Ao examinar a questão sob o prisma do interesse-necessidade, verificou-se a exigência de demonstração da necessidade do provimento judicial, de modo a justificar a existência do processo (atividade jurisdicional), situação que, caso não demonstrada, poderá conduzir ao julgamento sem resolução de mérito, caso a parte interessada não promova o saneamento do ponto. Dessa forma, o interesse de agir reflete elemento essencial para a validade da relação jurídico-processual, sem a qual não é viável o prosseguimento da demanda.

A demonstração do interesse de agir, em acréscimo, reclama a comprovação da pretensão resistida, a qual pode se concretizar de duas formas: i) a partir da indicação de prévia tentativa de resolução da situação e da recusa da parte contrária em satisfazer a pretensão; ou ii) da omissão da parte oposta ao dar resposta adequada a tempo e modo. Portanto, sem a evidenciação da resistência da parte contrária, resta inviável o prosseguimento da demanda pela via judicial.

Essa medida não tem como objetivo obstruir o acesso à justiça, mas sim justificar a necessidade da demanda – elemento que compõe o interesse de agir como condição de ação – para que haja conhecimento da controvérsia no âmbito judicial.

A reflexão a respeito do interesse de agir e da necessidade de justificação para a relação jurídico-processual é bastante relevante e deve ser ponderada de forma racional, a partir dos valores constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo (art. 5º, inc. XXXV e LXXVIII, da CF). É irreal acreditar que o Poder Judiciário possui (ou possuirá) condições físicas e materiais para suprir todo e qualquer tipo de demanda com qualidade e celeridade. Nesse contexto, bem-vindas as pretensões legislativas lançadas no Projeto de Lei nº 533 de 2019, o qual avança no Congresso Nacional no

sentido de positivar a exigência de comprovação da pretensão resistida no Código de Processo Civil.

A racionalização do acesso ao Poder Judiciário é medida necessária inclusive para prezar pela adequada prestação jurisdicional, restringindo sua atuação a casos que, verdadeiramente, demandem a apreciação e chancela do Judiciário, sobretudo diante da existência de meios extraprocessuais adequados a promover a resolução de controvérsias, como a exemplo da composição, e de viabilizar o adequado acesso à justiça.

Dessa forma, a aferição objetiva da resistência como elemento justificador do processo e caracterizador do interesse de agir é medida adequada e necessária para a caracterização dos requisitos constantes no art. 17 da Lei Adjetiva, sem a qual não é justificável a movimentação do Poder Judiciário.

A discussão, certamente, não é de simples resposta e não visa solucionar todos os problemas decorrentes do fenômeno do crescimento da judicialização no país, a qual possui raízes muito mais profundas e relacionadas a comportamentos culturais, sociais e econômicos que extrapolam o objeto do estudo. No entanto, a adoção da verificação objetiva e restritiva do interesse de agir é compreensão razoável e racional sobre a necessidade de justificação da demanda judicial, consentânea com o sistema brasileiro de justiça multiportas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício Germano; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; SANTOS, Kleber Soares de Oliveira. **Resolução de conflitos na perspectiva do sistema multiportas e sua relevância na efetivação do acesso à justiça**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 24, n. 48, 2022.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Pressupostos processuais e condições da ação**. Justitia, São Paulo, v. 53, n. 156, p. 48-66, out./dez. 1991. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/23922. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Online]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, **de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. 2015a [Online]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015.** Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. 2015b [Online]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13188.htm. Acesso em: 9 ago. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 533 de 2019**. [Online]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1708243&filename=Tramitacao-PL%20533/2019. Acesso em: 1 maio 2024.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituiciones del processo civil**. Trad. de la quinta edicion italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 159 de 23 de outubro de 2024**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original233101202410236719873 5c5fef.pdf. Acesso em: 3 dez. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Litigância Predatória**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/litigancia-predatoria/. Acesso em: 9 ago. 2024.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **A justiça constitucional no sistema brasileiro de justiça multiportas**. Revista AJURIS: Porto Alegre, v. 50, n. 154 - jun, 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: parte geral e processo de conhecimento. 23ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Interesse de agir como pressuposto processual**. In Revista EMERJ, v. 20, n. 1, p. 164 - 195. Rio de Janeiro, 2018.

FIGUEIREDO, Bianca Fernandes. **Consumidor.gov.br**: a exigência de utilização da plataforma de solução adequada de conflitos antes do ajuizamento de ação de consumo como fator de eficiência do poder judiciário, à luz da análise econômica do direito. Dissertação (Mestrado em Direito e

Acesso à Justiça). Programa de Mestrado Profissional em Direito – Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3ª ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. **Manual de processo civil** – volume único. 12ª ed. Salvado: ed. JusPodvm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Teoria Geral do Processo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. **Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa**: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre civil law e common law. v. 1. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1349453/MS**, 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202189555. Acesso em: 1 maio 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Tema Repetitivo 648**. [Online]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=648&cod_tema_final=648. Acesso em: 1 maio 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 350**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350. Acesso em: 1 maio 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 631240/MG, 2014**, p. 6. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=275839084&ext=.pdf. Acesso em 01 out. 2024.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Tema 91 IRDR - TJMG**. 2024. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/recurso-repetitivo-e-repercussao-geral/detalhes-de-recurso-

repetitivo-8ACC82D2928CD10B0192DE7DB4F35833.htm. Acesso em: 3 dez. 2024.

A ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: Desafios: Breves reflexões

THE STABILIZATION OF JURISPRUDENCE IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE: Challenges: Brief reflections

Luiz Felipe Siegert Schuch[1]

Resumo: A estabilização da jurisprudência brasileira no âmbito do Direito Civil e Processual Civil mereceu tratamento especial no vigente Código de Processo. A disposição do artigo 926 estabeleceu uma obrigação aos tribunais no sentido de manterem estável, integra e coerente a jurisprudência, de forma verticalizada, desde as Cortes Superiores até os juízos singulares. O presente artigo busca identificar se existem dificuldades ou barreiras para a operacionalização dessa nova diretriz processual, a partir dos dados disponíveis sobre as características socioeconômicas do Brasil, um país continental, a estrutura judicial disponível e o grau de litigiosidade existente, assim como as diferenças entre os sistemas jurídicos de países integrantes de famílias distintas como a *Civil-Law* e a *Common-Law*.

Palavras-chave: processo civil; jurisprudência; estabilização; precedentes; acesso à justiça; duração razoável do processo.

Abstract: The stabilization of Brazilian jurisprudence in the scope of Civil Law and Civil Procedure received special treatment in the current Code of Procedure. The provisions of articles 926 and 927 indicate an obligation on the courts to maintain stable, integrated and coherent jurisprudence, in a vertical manner, from the Superior Courts to the individual courts. This article seeks to identify whether there are difficulties or barriers to the operationalization of this new procedural guideline, based on available data on the socioeconomic characteristics of Brazil, a continental country, the available judicial structure and the degree of existing litigation, as well as the differences between the legal systems of countries that are part of distinct families such as Civil-Law and Common-Law.

Keywords: civil procedure; jurisprudence; stabilization; precedents; access to justice; reasonable duration of the process.

INTRODUÇÃO

[1] Doutor em Águas e Sustentabilidade pela Universidade de Alicante (Espanha). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Brasil). Diretor-Executivo e Professor da Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Professor da Escola Superior da Magistratura Catarinense. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Email: siegertschuch@hotmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2311-8461 Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/7579958141250553.

O presente artigo tem como propósito fundamental analisar, a partir de uma visão realista haurida da vivência acadêmica e da prática da atividade jurisdicional, o disposto no artigo 926 do vigente Código de Processo Civil, este que determinou aos tribunais o dever de manterem estável, íntegra e coerente a própria jurisprudência.

Com a adoção do método[2] indutivo[3], combinado com as técnicas[4] do referente[5], da categoria[6], do conceito operacional[7] e da pesquisa bibliográfica[8] e jurisprudencial, buscou-se contrastar a ideia do legislador concretizada na referida norma processual com as variantes sociais, econômicas e da cultura jurídica nacionais, de modo a visualizar as dificuldades para a sua efetivação e eventuais caminhos para a sua implementação.

Para tanto, estruturamos o raciocínio em três bases.

Primeiro, trataremos dos direitos fundamentais de acesso à justiça e duração razoável do processo sob o prisma de um país com dimensões continentais e rasgado por grandes desníveis socioeconômicos. O Poder Judiciário brasileiro está estruturado para atender esse público?

---

[2] Método: "forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, 2015. p. 212.

[3] Segundo PASOLD, Método Indutivo significa: "base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 213.

[4] Técnica: "conjunto diferenciado de informações, reunidas e acionadas em forma instrumental, para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas de pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 218.

[5] Referente: "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 217.

[6] Categoria: "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 205.

[7] Conceito Operacional: "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 205.

[8] Pesquisa Bibliográfica: "técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". César Luiz. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 215.

Em segundo lugar, vamos abordar as razões subjacentes à adoção desse novo modelo processual, suas raízes em sistema jurídico alienígena e a adequação da importação realizada pelo legislador.

Por último, pretende-se avaliar alguns problemas identificados para a justaposição da nova norma processual ao sistema jurídico brasileiro, e, bem assim, destacar pontos de atenção para a efetivação do objetivo normativo, sem a pretensão, adverte-se, de esgotar nesse breve espaço todas as possibilidades de enfoque do problema.

1 O ACESSO À JUSTIÇA E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO: DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM JUDICIÁRIO CONTINENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi um marco político, social, econômico e jurídico, uma conquista de uma nação que, até aquele momento, buscava superar os tempos de uma longa ditadura militar, período que até hoje suscita debates acalorados sobre os avanços e retrocessos ocorridos naquele lapso de exceção na plenitude democrática nacional. Uma certeza, contudo, parece não encontrar desafetos: a liberdade, a igualdade e a democracia repelem sistemas normativos de força, autoritários e incapazes de conviver com as diferenças de pensamentos.

Naquele contexto de novos tempos, trouxe a Constituição em referência um expressivo rol de direitos, dentre os quais aqueles qualificados como fundamentais[9], ou seja, essenciais ao pleno exercício da cidadania em um ambiente de normalidade constitucional.

[9] **Direito Fundamental**: "[...] é reservada para designar, no nível de Direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 178-179.

O direito ao “acesso à justiça” foi um deles, entendido como o “direito outorgado ao cidadão de resolver seus litígios ou de reivindicar seus Direitos sob os auspícios do Estado”, parafraseando aqui a definição de Cappelletti e Garth[10].

Com a Reforma do Poder Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, outro direito fundamental correlato foi inserido na alentada lista existente (CRFB/88, art. 5º), qual seja o “direito à duração razoável do processo”, certamente transportado de igual disposição contida no art. 8º, § 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José da Costa Rica em 1969 e ratificada pelo Brasil em 26.05.1992 (Decreto 678/92).

Sobre a norma em referência, em nossa obra sobre o Acesso à Justiça tivemos a oportunidade de refletir:

> O referido dispositivo pretendeu, segundo se depreende da própria redação, atingir diretamente a primeira e maior reclamação da população quando se refere ao Poder Judiciário, conhecida como “morosidade processual”, ou seja, a demora na solução dos conflitos submetidos à apreciação dos juízes e Tribunais. Como já dissemos anteriormente, este fenômeno não é exclusividade nem criação brasileira; é um problema que afeta países com situações políticas e econômicas das mais diversas. A eficácia desta disposição constitucional, apesar da boa vontade do Parlamento, mostra-se deveras duvidosa, porquanto já de início se antevê a grande dificuldade de se estabelecer o que se deve entender por “razoável”. A linguagem adotada na formulação do dispositivo, deixando o significado do termo “razoável” completamente aberto, admite, perigosamente, interpretações das mais variadas e com largo grau de subjetividade, uma vez que, dependendo do tipo de litígio, sua complexidade e momento histórico vivenciado pela Sociedade, um lapso de cinco anos, por exemplo, poderá, ou não, vir a ser considerado como “razoável”, dependendo da ótica do ator jurídico que estiver avaliando o tempo transcorrido entre o início e o final da demanda (Juiz, Ministério Público, Defensor Público, Advogado, Partes etc.). Surge, ainda, outra tormentosa questão: a quem caberá dizer o que seja ou não, “razoável”? Serão as Corregedorias dos Tribunais, ou o Conselho Nacional de Justiça, a Ordem dos Advogados do Brasil? Inevitavelmente, estas variáveis serão fontes de inúmeras e acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, enquanto não definida a extensão da terminologia utilizada pelo legislador, que parece trazer subliminarmente, inclusive, a ideia de responsabilidade apenas dos Magistrados e do Ministério Público pela lenta tramitação processual, quando se deve lembrar, sempre, a necessária coparticipação dos Advogados para levar um

10 Paráfrase de CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 8. Título original: “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report”.

> processo judicial a bom termo, não se afastando igual participação no âmbito administrativo.[11]

Seja como for, o fato é que, segundo prevê o sistema normativo nacional, o cidadão tem o direito e a garantia constitucionais não só de ter acesso facilitado e direto ao Poder Judiciário para resolver seus problemas, como também a promessa de que essa demanda será resolvida em prazo "razoável", cujo significado, na expectativa do homem médio, traduz-se em "solução rápida".

Entretanto, a despeito do prometido pelo legislador constituinte e depois pelo legislador reformador, uma análise mais cuidadosa das características socioeconômicas e mesmo geográficas do Brasil, um país continental, acaba por contrastar ou conflitar com o desejo constitucional.

Isso porque a população brasileira, em 2022, já contava com aproximadamente 203.000.000 milhões de habitantes (Censo 2022), dos quais 85% residentes nos centros urbanos e 15% com domicílio rural[12].

Desse contingente, mais de 80% da população contava com renda inferior a 10 salários mínimos, conforme resultado de uma pesquisa realizada pelo IBGE no ano de 2015[13], cenário que, assim entendemos, pouco se alterou até o presente momento. Ressalta-se que nesse universo de 80%, o estudo estabeleceu as

---

[11] SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda? 1ª ed. (2006) 2ª reimpr. (2010). Curitiba: Juruá, 2010, p. 204-205.

[12] BRASIL. IBGE. CENSO 2022. Disponível em: https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/. Acesso em: 18 out. 2024.

[13] IBGE. 2015. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9127-pesquisa-nacional-poramostra-de-domicilios.html?=&t=destaques. Há também um informativo de 2019, do IBGE, sobre rendimentos e fontes, mas não menciona dados por faixa de rendimentos em comparação ao salário mínimo (https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf). Conforme tem divulgado a imprensa, "a renda mensal média de quem está entre os 5% mais ricos no Brasil é de R$ 10.313,00, conforme os dados da Pnad Contínua - Rendimento de todas as fontes 2019, do IBGE. O corte para estar no 1%, ou seja, com renda média superior à de 99% da população brasileira adulta, é de R$ 28.659,00. A base da pirâmide é relativamente homogênea — 90% dos brasileiros têm renda inferior a R$ 3,5 mil por mês (R$ 3.422,00) e 70% ganham até dois salários mínimos (R$ 1.871,00, para um salário mínimo de R$ 998,00 em 2019), ainda segundo o levantamento" (https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57909632). Há também a síntese de indicadores sociais do IBGE, publicada em 2021 sobre o tema (https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101892.pdf). E, mais atualizado, estudo do IPEA, de 2022 (https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610_cc_54_nota_25_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf).

seguintes faixas: a) até meio salário mínimo – 6,95% da população; b) mais de meio até 1 salário mínimo – 16,95% da população; c) mais de 1 a 2 salários mínimos – 34,85% da população; d) mais de 2 a 3 salários mínimos – 12,36% da população; e) mais de 3 a 5 salários mínimos – 8,69% da população; f) mais de 5 a 10 salários mínimos – 5,65% da população.

Os dados apontados revelam, portanto, uma grande parcela da população com remuneração modesta e, em sua maioria, concentrada em centros urbanos. São potenciais consumidores de bens e serviços de massa, fator certamente favorecedor de uma elevada litigiosidade no Brasil, fato público, notório e reiteradamente apurado em levantamentos estatísticos nacionais nos últimos anos.

Daí por que, em um país com tais características, exige-se, em contrapartida, um Poder Judiciário adequadamente estruturado para enfrentar o desafio da demanda por jurisdição também de proporção continental. E o que temos?

Segundo o relatório do Conselho Nacional de Justiça denominado “Justiça em Números 2024” (formatado a partir da movimentação processual do ano anterior), no final de 2023 o Poder Judiciário brasileiro contava com 83,8 milhões de processos em andamento, detectando-se uma alta de 1,1% em relação ao final de 2022[14].

De sua vez, a força de trabalho para tratar desse expressivo acervo de processos estava representada por 18.265 magistrados ativos, dos quais 76 magistrados(as) sediados nos Tribunais Superiores, 15.542 Juízes(as) no Primeiro Grau e 2.478 Desembargadores(as) nos Tribunais Regionais (Federais e Estaduais).

Dentre os diversos ramos da Justiça, a Justiça Estadual contou com 10.451 unidades, sendo 9.113 varas e 1.338 juizados especiais, presentes em 2.496 comarcas, concentrando a maior competência entre os demais segmentos do Poder Judiciário (Federal, Trabalho, Militar, Eleitoral).

---

[14] CNJ. **Justiça em números 2024**. p. 18 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 3 out. 2024.

Esse conjunto dos magistrados e magistradas recebeu, em 2023 (números nacionais), no maior patamar da série histórica, casos novos com o volume de 35,3 milhões, alta de 9,4% frente a 2022. Ao mesmo tempo, a Justiça brasileira julgou 33,2 milhões de processos em 2023, igualmente o maior volume da série histórica. O total corresponde a um aumento de 11,3% em relação a 2022 e de 40,3% no acumulado dos últimos 14 anos.

Apesar de todos esses números impressionantes, dificilmente encontrados em qualquer outro sistema judicial do mundo, observa-se uma constante e incontornável desproporção entre a estrutura judicial e o volume de demandas que diariamente aportam nos escaninhos da Justiça no Brasil, tal como temos advertido nos últimos 20 anos, desde nossa obra "Acesso à Justiça e Autonomia Financeira do Poder Judiciário" (Juruá, 2006).

Esse fato (desproporcionalidade), depois de largo tempo, acabou reconhecido e vem sendo reiterado pelo próprio Conselho Nacional de Justiça em seus relatórios estatísticos anuais, dos quais se destacam as anotações dos anos de 2023 e 2024:

> [...] observa-se que o Poder Judiciário possui uma relação de 8,4 magistrados(as) por cem mil habitantes. A título de comparação, na Europa essa mesma relação é de 18,3 magistrado(a) por cem mil habitantes, ou seja, no Brasil há menos da metade do número de juízes(as) por habitante do que nos países europeus[15].
> [..] o Poder Judiciário possui uma relação de 9 magistrados(as) por cem mil habitantes. A título de comparação, na Europa, a mesma relação é de 18,0 magistrado(a) por cem mil habitantes, ou seja, no Brasil, há metade do número de juízes(as) por habitante do que na União Europeia. De 24 países europeus analisados, apenas sete (29%) possuem média igual ou inferior à média brasileira, situação verificada apenas em Malta, Suécia, República de Chipre, República Tcheca, Áustria, Espanha e Irlanda[16].

O deficit entre o número de magistrados por habitante remonta, quando menos, ao ano de 1999, período no qual a população brasileira orbitava em

---

[15] CNJ. **Justiça em números 2023**. p. 71, nota 5 (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Police,_court_and_prison_personnel_statistics, referentes à média dos anos de 2019 a 2021. Acesso em: ago. 2023). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 13 maio 2024.
[16] CNJ. **Justiça em números 2024**. p. 99. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 3 out. 2024.

163.947.600 pessoas, com 7.231 cargos de juiz no Primeiro Grau, ou seja, relação de 22.672 habitantes por juiz. Essa relação permanence muito próxima na atualidade.

O cenário, por certo, aponta para o permanente descumprimento do art. 93, inciso XIII, da Constituição da República de 1988 (inserido pela Reforma do Judiciário - Emenda n. 45/2004):

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]
> XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);

Enfim, como se pode verificar, ao tratarmos da uniformização, estabilização e integridade da jurisprudência nos tribunais no Brasil, não podemos desconsiderar as características da sociedade brasileira e as dificuldades estruturais do Poder Judiciário, esta colossal engrenagem pública em um país com abrangência continental, estratificada e organizada em níveis federal e estadual, e ainda, decomposta em ramos com competências distintas, integrada por magistrados oriundos de todas as regiões de um país multifacetado em suas origens étnicas e com sérios desníveis socioeconômicos, conjunto de circunstâncias capazes de exercer influência na compreensão, interpretação e aplicação do Direito.

Se as garantias de acesso à justiça e duração razoável do processo já se afiguram historicamente como direitos fundamentais de desafiadora concretização plena, semelhante caminho podemos esperar com a cultura dos “precedentes judiciais” e sua desejada e adequada implantação e frutificação em solo tupiniquim.

2 O SISTEMA DE PRECEDENTES NO MODELO ORIGINAL

Todos sabemos que o Brasil tem o seu sistema jurídico estruturado a partir da matriz Romano-germânica[17], ou seja, adota como material de construção principal a "lei", a norma legislada pelo poder político competente e que apresenta como algumas de suas características a generalidade (aplica-se a todas as pessoas) e a imperatividade (obrigação de cumprimento e penalidade em caso de inobservância).

Como consequência dessa tradição jurídica[18], os julgamentos proferidos por juízos e tribunais tradicionalmente sempre adotaram (e ainda devem observar!) o arcabouço normativo vigente como parâmetro principal para a construção da decisão, notadamente após a evolução do constitucionalismo[19].

Por certo, o processo hermenêutico para a correta aplicação do direito aos casos concretos nunca foi simples, razão pela qual a possibilidade de diferentes interpretações e soluções para questões semelhantes levadas ao Poder Judiciário tornou-se inquietante tema a povoar intensas discussões doutrinárias.

A formação de um consenso mínimo sobre a adequada compreensão do conteúdo de inúmeros dispositivos legais integrantes do sistema normativo

---

[17] GLENDON, Mary Ann; GORDON, Michael Wallace; OSAKWE, Christopher. **Comparative legal traditions**: text, materials, and cases on de civil and common-law traditions, with special reference to French, German, English, and European law. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1998. p. 44. Tradução livre: "Quando nos referimos a alguns dos sistemas jurídicos mundiais com um nome comum, tais como sistemas 'romanista', 'romano-germânico' ou 'direito civil', estamos chamando a atenção para o fato de que, apesar de suas semelhanças com outros sistemas jurídicos e apesar das diferenças nacionais entre si, esses sistemas compartilham uma herança distinta. A tradição do direito civil é caracterizada por uma interação particular em seu período inicial de formação entre o direito romano, o costume germânico e local, o direito canônico, o direito internacional do comerciante e, posteriormente, por uma resposta distinta à ruptura com o feudalismo e ao surgimento dos estados-nação, bem como pelo papel peculiar que tem conferido à Ciência jurídica."

[18] **Tradição jurídica**: "É uma noção ainda mais ampla que a de família: ela se volta a conjuminar os sistemas e famílias com as raízes da história e da cultura, buscando afinidades mais remotas, sem tanta preocupação com sistematizações de conceitos, normas e institutos comuns. Costuma-se utilizar como exemplo a tradição jurídica ocidental, que envolve tanto a *Civil Law* quanto a *Common Law* e que tem como sinais, entre outros, uma relativa separação entre direito, moral e política, o primado da razão, a existência de instituições organizadas e profissionais capacitados para a criação, a aplicação e a atualização do direito, além da vinculação à história das normas e dos precedentes". SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Belo Horizonte: Dialética, 2021. v. 2. p. 234-235.

[19] **Constitucionalismo**: "É a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantistas". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 51.

brasileiro por vezes exige anos de exaustivos debates, com a consequente (e indesejada) oscilação no resultado das decisões judiciais, até a posterior formação de uma jurisprudência[20] consolidada e necessária para a segurança jurídica[21].

Recorda-se que o Código de Processo Civil de 1973 já trazia essa preocupação com a integridade na interpretação do direito e, inclusive, continha disposição destinada a buscar a uniformização endógena nos tribunais acerca das questões jurídicas sobre as quais se estabelecesse divergência (arts. 476 a 479)[22]. A norma revogada, contudo, esteve longe de atingir o seu objetivo.

O permanente e crescente acesso à justiça e a promessa constitucional (ainda não cumprida) de duração razoável do processo (direitos/garantias

---

[20] Jurisprudência: "Entre los jurisconsultos romanos, el vocablo <jurisprudencia> designaba la ciencia general del Derecho ligada a una amplia cultura general. Significativa es a este respecto la fórmula de Ulpiano: divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti sciencia. Y si bien los juristas anglosajones no se han apartado fundamentalmente de esta etimología, en la ciencia jurídica internacional y en la continental indica dicho vocablo el conjunto de reglas jurídicas que se desprendem de las decisiones judiciales. Los anglosajones prefieren de todos modos la expresión de case law". PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional público**. 25. ed. Madrid: Tecnos, 2021. p. 84. Tradução livre: "Entre os jurisconsultos romanos, a palavra <jurisprudência> designava a ciência geral do Direito ligada a uma ampla cultura geral. Significativa a este respeito é a fórmula de Ulpian: *divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti sciencia (conhecimento dos assuntos divinos e humanos, conhecimento dos justos e injustos).* E embora os juristas anglo-saxões não tenham se desviado fundamentalmente dessa etimologia, na ciência jurídica internacional e continental essa palavra indica o conjunto de regras jurídicas que emergem das decisões judiciais. Os anglo-saxões ainda preferem a expressão *case law*".

[21] **Segurança Jurídica**: "O princípio da segurança jurídica é, sem dúvida alguma, um dos pilares do Estado de Direito. Visa a garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que diz respeito às ações esperadas de terceiros". FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 63.

[22] O revogado Código de Processo Civil de 1973 assim disciplinava: "Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo. Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão. Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal. Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante".

fundamentais) podem ser apontados como elementos indutores na busca de um novo modelo processual civil capaz de responder a esses anseios sociais.

A aproximação entre as nações, os fenômenos da globalização[23], da transnacionalidade[24], da internacionalização do direito[25], da dinamização e democratização da informação, são fatores que igualmente contribuíram para a pesquisa em outros sistemas jurídicos de possíveis soluções ou ferramentas para dar conta da insatisfação da sociedade com o desempenho do sistema judicial nacional.

Nesse contexto, a tradição secular da família jurídica[26] integrada pelos países com o sistema denominado *Common-Law*, notadamente no plano da estabilidade da orientação normativa decorrente das decisões judiciais, apresentou-se como um bom paradigma a ser avaliado.

Não há dúvida de que a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do texto do novo Código Processual se inspirou, dentre tantos outros sistemas processuais, também no modelo inglês para a redação do art. 926 da Lei n.

---

[23] **Globalização**: "[...] os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais". BECK, Ulrich. **O que é globalização?**: equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

[24] **Transnacionalidade**: "O fenômeno da transnacionalidade deve ser uma força que opera em duas direções: uma que age na superação do modelo clássico e ultrapassado de Estado Nacional, mediante a criação de novos espaços de governança; e a outra que agrega, fomenta e coordena a ação local dos Estados com efeitos no plano global a partir de pautas axiológicas de amplo consenso". CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: http://www.univali.br/ppcj/ebook. Acesso em: 6 abr. 2022. p. 164.

[25] Para Mariane Morato Stival, o atual modelo de intensa convivência internacional entre os Estados e reconhecida interação normativa, com diálogos e intercâmbios múltiplos, põe em cheque o sistema piramidal hierarquizado de Kelsen, "[...] pois a característica alternativa dos diálogos se afasta dos moldes mecânicos de hierarquia e sanção kelsenianos", realidade que impulsiona os tradicionais sistemas jurídicos para um novo modelo de pluralismo ordenado, especialmente diante da complexa e incontida internacionalização do direito. STIVAL, Mariane Morato**. Direito internacional do meio ambiente: o meio ambiente na jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2018, p. 204.

[26] **Família Jurídica**: "Pode ser definida como uma classe homogênea dentro da qual são agrupados ordenamentos ou sistemas jurídicos com traços comuns, levando em conta o papel das instituições e do direito, as fontes, as técnicas, os métodos de aplicação e os princípios do direito. A família jurídica une os sistemas jurídicos sob uma base afim, com características estáveis, mais ampla em relação às especificidades dos sistemas [...], ainda que em cada sistema possa haver diferenças de normas e procedimentos [...]". SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Belo Horizonte: Dialética, 2021. v. 2. p. 234-235.

13.105, de 16.03.2015, tanto que na exposição de motivos do projeto foi destacado:

> Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.[27]

E complementam em nota de rodapé: “os ingleses dizem que os jurisdicionados não podem ser tratados ‘como cães, que só descobrem que algo é proibido quando o bastão toca seus focinhos’ (BENTHAM citado por R. C. CAENEGEM, Judges, Legislators & Professors, p. 161)”[28].

Trata-se de fenômeno identificado pela doutrina comparatista como “transplantes”, “recepção”, “recepção imposta”, “imposição solicitada”, “criptorrecepção”, “inoculação”, “implantação”, “fertilização cruzada”, “infiltração”, “infusão”, “transposição”, “emulação”, “engolimento”, “enxerto”, “reenvasamento” e “polinização cruzada”, e outros termos mais recentes como “contaminantes”, “irritantes legais”, “colonização coletiva”, “competição de sistemas legais”, “lei hifenizada”, “lei em camadas”, todos com o propósito de fornecer a ideia fundamental de movimento interno e externo dos sistemas jurídicos[29].

---

[27] Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 27-28. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf . Acesso em: 13 out. 2024.

[28] Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 27-28. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf . Acesso em: 13 out. 2024.

[29] “It is true that the transplant theory needs some conceptual refinement. Some challenge the ‘convergence theses’ and ‘functional equivalence’; some claim that ‘legal transplants are impossible’. Others say that the conceptual refinement needed would ‘allow us to analyse institutional transfer in terms different from the simple alternative context versus autonomy’. The term ‘legal irritant’ is used and defined as an alternative to legal transplants, in that ‘when a foreign rule is imposed on a domestic culture … something else is happening. It is not transplanted into another organism, rather it works as a fundamental irritation which triggers a whole series of new and unexpected events… it irritates law’s ‘binding arrangements’” […]. Classical statements of legal transplants use terms such as transplant, reception, imposed reception, solicited imposition, crypto-reception and inoculation. These terms have been superseded and a colourful vocabulary has been created highlighting nuances in individual instances of such mobility and influence, such as implantation, cross-fertilisation, infiltration, infusion, transposition, emulation, engulfment, grafting, re-potting , cross-pollination, digestion, salad bowl and melting pot; and new bases for analysis are

Ocorre que o sistema da *Common-Law* tem sua história e construção com origens distintas do sistema normativo brasileiro, e, por conta disso, a importação pura e simples daquele modelo jurídico-processual não significou a solução direta e automática para os desajustes e idiossincrasias típicos do Poder Judiciário nacional no âmbito do Direito Processual Civil.

A cultura jurídica[30] formada na *Common-Law* encontra no Direito Inglês o seu grande precursor e irradiador, confundindo-se com a própria história da Inglaterra, raiz enaltecida e cultuada pelos operadores jurídicos daquela ilha, na medida em que as normas de direito são frutos da longa compilação de decisões judiciais e das regras ali estabelecidas para a solução de litígios, valendo as máximas judiciais como fontes primárias naquele sistema.

O processo de formação desse conjunto de normas de direito, aqui referido de forma muito breve e resumida, partiu de um direito local e disperso, originário das tribos de origem germânica (saxões, anglos, dinamarqueses), aos poucos substituído por um sistema mais bem organizado e aplicável à toda a Inglaterra (*comune ley* ou *common law*), como consequência da sua unificação com a

---

being developed such as contaminants, legal irritants, collective colonization, competition of legal systems, hyphenated - law and layered – law […]". ÖRÜCÜ, Esin. Unde venit, quo tendit comparative law? *In*: HARDINNG, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin. **Comparative law in the 21st century**. The Hague: Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 7. Tradução livre: "É verdade que a teoria do transplante precisa de algum refinamento conceitual. Alguns desafiam as 'teses de convergência' e a 'equivalência funcional'; alguns afirmam que 'transplantes legais são impossíveis'. Outros dizem que o refinamento conceitual necessário 'nos permitiria analisar a transferência institucional em termos diferentes do contexto alternativo simples versus autonomia'. O termo 'irritante legal' é usado e definido como uma alternativa aos transplantes legais, em que 'quando uma regra estrangeira é imposta a uma cultura doméstica... outra coisa está acontecendo. Não é transplantado para outro organismo, mas funciona como uma irritação fundamental que desencadeia toda uma série de eventos novos e inesperados. . . irrita os 'acordos vinculativos' da lei' [...]. Declarações clássicas de transplantes legais usam termos como transplante, recepção, recepção imposta, imposição solicitada, cripto - recepção e inoculação. Esses termos foram substituídos e um vocabulário colorido foi criado, destacando as nuances em casos individuais de mobilidade e influência, como implantação, fertilização cruzada, infiltração, infusão, transposição, emulação, engolimento, enxerto, re-potting, polinização cruzada, digestão, saladeira e caldeirão; e novas bases de análise estão sendo desenvolvidas, como contaminantes, irritantes legais, colonização coletiva, competição de sistemas legais, lei hifenizada e lei em camadas [...]". SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Harmonização dos Sistemas Jurídicos: a construção de uma base mínima normativo-jurisprudencial global para o Meio Ambiente e a Sustentabilidade.** São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 79-80.

[30] **Cultura Jurídica**: "[…] as representações padronizadas da (i) legalidade na produção das ideias, no comportamento prático e nas instituições de decisão judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social [...]". WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 16.

instalação do feudalismo e a conquista pelos normandos (1066). As decisões proferidas pelos Tribunais Reais de Justiça, designados vulgarmente como Tribunais de Westminster, no século XIII, diante da sua localização, tiveram papel fundamental nessa caminhada[31].

Assim, compreender esse traço histórico e as circunstâncias que moldaram referido sistema reveste-se de grande importância, porquanto os reflexos desse caminhar ainda se fazem notar nos dias atuais, conforme anota Renè David:

> Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar o seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o direito público e privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano[32].

Note-se que o direito inglês (e dos demais países da *Common-Law*) está centrado no "processo" como instrumento para a solução de litígios (ainda que a justiça possa ser um final desejado), do que resultou um sistema apoiado em um conglomerado de conflitos resolvidos e de cujas sentenças se extraíram e se extraem regras de direito para determinados casos, servindo estas regras como memória (precedentes) para a resolução dos embates futuros de igual natureza.

A atuação dos magistrados ingleses foi fundamental para a consolidação do *Common-Law*, a ponto de se falar em *judge make law*, ou seja, o poder do juiz de fabricar a norma, sobrepondo-se de certa forma ao Legislativo que, nesse ponto, tomando por base as decisões judiciais deveria depois atuar para complementá-las, como bem anota Marinoni[33].

Conforme se pode observar claramente, existe uma séria e profunda diferença entre as fontes do sistema jurídico brasileiro (*Civil-Law* ou Romano-Germânico), centrado na norma legislada (lei), e as fontes do sistema jurídico da *Common-Law*, estruturado a partir das normas decantadas pelo tempo e oriundas

---

[31] SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Harmonização dos Sistemas Jurídicos: a construção de uma base mínima normativo-jurisprudencial global para o Meio Ambiente e a Sustentabilidade.** São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 91-92.

[32] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 364.

da compilação de decisões judiciais, formadoras de precedentes (regras de direito) aplicáveis aos conflitos que reclamem igual solução jurídica.

Nesse ponto, muito didática a explicação de Lênio Streck[34] sobre o sistema de precedentes da *Common-Law* e sua diferença em relação ao modelo processual brasileiro:

> Para ilustrar, trago o seguinte caso – famoso – na Inglaterra, contado por Neil Andrews, que ilustra o sentido do que é *ratio decidendi* e o que é que vincula em um precedente. Bem singelo. Mas vale registar:
> → Na Londres do século 18 uma prostituta encomendou um vagonete de um artesão e não pagou pelo serviço;
> → O artesão ingressou na justiça cobrando os valores que não haviam sido pagos;
> → O caso chegou à House of Lords, que rejeitou a ação sob o fundamento de que o artesão tinha consciência de que o pagamento seria realizado com recursos de origem ilícita, portanto não era exigível;
> → No século 20 uma empresa fornecedora de aço ingressou com uma demanda de cobrança em face de uma empresa que estava envolvida em contrabando de armas;
> → A House of Lords se valeu do precedente do caso da prostituta e do vagonete para solucionar o caso, aplicando a mesma *holding*: a empresa não podia se valer do Estado para cobrar valores que sabia serem de origem ilícita.
> Tudo isso é muito ilustrativo a respeito de como a incorporação dos institutos do *common law* é **artificial** no Brasil: enquanto lá os precedentes são tratados como *casos*, com a menção às partes nele envolvidas (*London Tramways v. London County Council*; *Riggs v. Palmer* etc.), nós aqui nos referimos a precedentes como *números de processos*. Perde-se o "é da coisa".

Daí por que, penso, não se poderia esperar resultados práticos imediatos com a importação do (por muitos festejado) "sistema de precedentes", diante das evidentes diferenças das culturas e sistemas jurídicos envolvidos, o que se espraia também para a uma deficiência teórica e técnica dos operadores do direito responsáveis pela operacionalização dessa novidade no contexto do processo civil brasileiro.

---

[33] MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.
[34] STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes: qual é o dispositivo mais descumprido no Direito brasileiro?** Consultor Jurídico. 26.09.2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-26/precedentes-qual-e-o-dispositivo-mais-descumprido-no-direito-brasileiro/. Acesso em: 9 out. 2024.

3 DESAFIOS PARA A ESTABILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL: BREVES REFLEXÕES

Como vimos até aqui, vivemos em um país continental, com mais de 200 milhões de habitantes e desníveis agudos socioeconômicos. Convivemos com quase 100 milhões de processos em andamento no Sistema Judicial, e fomos atropelados com cerca de 35 milhões de novos processos apenas no último ano (2023), o que demonstra uma nação com grandes dificuldades para a autocomposição dos conflitos e alta taxa de litigiosidade.

Em contrapartida, para fazer frente a esta difícil realidade, o Poder Judiciário brasileiro conta com uma estrutura material e humana historicamente insuficiente, o que só fez agravar o cenário desfavorável, notadamente após o advento da Constituição da República de 1988, esta que ampliou os canais e democratizou o acesso à justiça.

Esse descompasso entre a capacidade estrutural de enfrentamento da demanda judicial e o volume de novos litígios desencadeou, ainda no ano de 1994, um processo sucessivo de alterações no sistema processual civil brasileiro, tudo com o objetivo de "acelerar" a prestação jurisdicional e combater a morosidade da Justiça, fruto do abarrotamento das instâncias judiciais e reclamação permanente da sociedade.

Nesse sentido, cabe aqui rememorar as reflexões de Nélson Nery Junior[35], em artigo publicado sobre a "Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994":

> O Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11.1.1973, começou a ser reformado mesmo antes de entrar em vigor, o que ocorreu efetivamente em 1.1.1974 (CPC I 220). Durante a *vacatio legis*, sobreveio a Lei nº 5.925, de 2.10.1973, que alterou numerosos dispositivos do CPC, corrigindo as falhas mais evidentes de que padecia o diploma processual civil, na sua redação original. Depois disso, pequenas modificações foram implementadas no CPC ao longo de seus vinte e um anos de vigência. A denominada reforma, de dezembro de 1994, na verdade começou em

[35] NERY JUNIOR, Nelson. **Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994**. Revista Justitia, São Paulo, 57 (171), jul./set. 1995, p. 136-137. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22803/reforma_codigo_civil_processo.pdf. Acesso em: 9 out. 2024.

> 1992 e ainda não terminou. Capitaneada pela Escola Nacional da Magistratura, a reforma contém, ao todo, treze projetos de lei, nove dos quais já foram aprovados, restando ainda quatro pendentes de apreciação no Congresso Nacional: a) o que regula o recurso de agravo; b) o relativo ao procedimento sumário; c). o que altera a uniformização da jurisprudência; d) o que institui a ação monitória. Nosso objetivo, neste escrito, é analisar os principais tópicos da reforma implementada em dezembro de 1994, pelas Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13.12.1994. O legislador procedeu às alterações, levando em conta os seguintes objetivos: a) modificações terminológicas, dando maior precisão técnica aos institutos; b) modificações estruturais, criando novos mecanismos de melhoria na prestação jurisdicional; c) modificações procedimentais de sorte a aperfeiçoar e agilizar o procedimento. Para esta última finalidade, foi adotado o critério de fazer inserir na norma as teses praticamente pacíficas na doutrina e jurisprudência. [...] Modificações de conteúdo foram proporcionadas pela reforma de dezembro de 1994, com a criação de novos institutos processuais no sistema do CPC brasileiro São eles: a) a tutela antecipatória (CPC 273); b) a audiência preliminar (CPC 331); c) novo regramento da ação de obrigação de fazer ou não fazer (CPC 461).

Ainda que possamos vislumbrar a boa intenção do legislador reformador e das instituições e juristas envolvidos nessa empreitada destinada a melhorar os institutos processuais e o desempenho do sistema judicial na esfera civil, é fato incontroverso que a demora na solução definitiva das demandas e o congestionamento nos fóruns e tribunais permaneceu em nível crescente.

Em uma nova rodada de reformas, em 1995 houve a modificação das regras do recurso de agravo de instrumento (Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995), e, posteriormente, a Lei n. 11.418, de 19.12.2006, instituiu o requisito da “repercussão geral” para os recursos extraordinários endereçados ao Supremo Tribunal Federal, enquanto a Lei n. 11.382, de 6.12.2006, alterou diversos dispositivos do Código Processual Civil disciplinadores do Processo de Execução, novamente com o objetivo de maior racionalização do sistema judicial e melhor efetividade no cumprimento das decisões dos órgãos da Justiça.

Todavia, a contínua incapacidade estrutural do Poder Judiciário para o enfrentamento do volume de demandas a ele dirigidas permaneceu.

Diante da insuficiência das reformas anteriores e a permanente dificuldade de controle da integridade e harmonia da jurisprudência nacional e regional optou-se, então, por uma nova codificação, mais ajustada aos princípios e promessas constitucionais e seus direitos fundamentais.

Formada uma Comissão de Juristas no Parlamento Federal, apresentado o Anteprojeto de Lei, devidamente discutido e aprovado nas duas Casas Legislativas, sobreveio o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16.03.2015.

Desde o início de sua vigência, em 2016, até o presente momento, não obstante os esforços de todos os operadores do Direito, Tribunais e órgãos de controle como o Conselho Nacional de Justiça, os resultados não têm se mostrado muito promissores em relação à redução do volume de processos em andamento e em estoque no Poder Judiciário nacional. Os números visitados antecedentemente assim demonstram.

Mas esta não é a questão principal a analisar neste espaço.

O que nos interessa aqui é avaliar se a norma inserida no novo diploma processual que determinou expressamente aos tribunais a manutenção da sua jurisprudência íntegra, estável e coerente (art. 926) encontra eventuais obstáculos à sua plena efetividade.

O panorama apresentado até o momento nos remete a sérias dificuldades e desafios na implementação do mencionado dispositivo.

A primeira delas, como observamos, está na dimensão continental do Brasil e sua grande diversidade regional, ao que se soma a litigiosidade excessiva, fonte produtora de um volume de processos que contrasta com a insuficiência material e humana do Poder Judiciário, obrigando-o a buscar sucessivos recordes de produtividade sem observar, muitas vezes, um fundamento básico da gestão eficiente das demandas: a quantidade e a qualidade devem andar sempre juntas.

Por certo, o volume excessivo de trabalho pode impactar de forma negativa no resultado pretendido, ou seja, no caso em exame, a observância adequada da jurisprudência consolidada sobre determinada questão jurídica. A sobrecarga amplia a probabilidade de erros ou de interpretações injustificadamente divergentes daquelas firmes e recorrentes manifestadas precedentemente por tribunais, o que descortina cenário caracterizador de indesejável instabilidade jurisprudencial.

Em segundo lugar, os operadores do direito atualmente em atividade

(Magistrados, Membros do Ministério Público, Advogados, Defensores Públicos, Professores) não foram formados e preparados para a compreensão dos fundamentos necessários à construção de uma cultura jurídica melhor adaptada à uniformização da jurisprudência (cultura de precedentes), deficiência ainda presente no atual sistema educacional jurídico que, quando muito, timidamente trata dessas questões.

Note-se que a aproximação dos sistemas da *Civil-Law* e da *Common-Law*, com a consequente inoculação no sistema processual civil brasileiro da ideia de preservação da integridade e coerência das decisões dos tribunais, com vistas à dinamicidade dos julgamentos, previsibilidade e segurança jurídicas, não induz a automática formação de um "sistema de precedentes" tal qual o modelo original inglês, uma vez que para a materialização desse desejo exige-se a presença de profissionais juridicamente formados e culturalmente ajustados a essa esperada nova realidade.

Por conta desse fato incontornável, um terceiro problema se apresenta: a falta de domínio da terminologia e conteúdo, por parte dos operadores jurídicos, em relação aos novos institutos incorporados pelo Código de Processo Civil vigente. Muitas vezes se observa em petições e decisões uma confusão de conceitos para categorias básicas como "julgado", "jurisprudência", "precedente", e, mais ainda, a incompreensão de ferramentas como o "*distinguishing*" e o "*overruling*" na demonstração das desigualdades ou superações entre casos já julgados e novos conflitos levados ao Poder Judiciário.

De outro lado, uma quarta questão que emerge sobre o tema reside na figura do "ativismo judicial", aqui entendido como

> uma atitude jurisdicional de inclinações transformadoras, mais do que contemplativas, que se manifestam (*stricto sensu*), conjunta ou isoladamente, nos âmbitos (i) interpretativo ou de aplicação, mediante um acentuado voluntarismo na criação do direito em detrimento da legislação, dos precedentes ou de padrões jurídicos em geral, e (ii) institucional ou relacional, por meio de uma elevada interferência nas atribuições dos demais Poderes, de modo a conferir aos juízes, em ambas as situações, um papel que vai além da visão clássica de aplicar o direito a disputas subjetivas ou normativas e moderar os excessos dos outros, podendo isso se verificar na Jurisdição constitucional e na ordinária, tanto coletiva quanto individual, bem como em várias

dimensões práticas de operação do direito.[36]

Trata-se de um comportamento judicial menos encontrado no continente europeu, onde ainda se presta maior deferência ao sistema de tripartição dos poderes, equilibrado por uma autocontenção judicial[37] especialmente em disputas que envolvem a definição de políticas públicas.

Esse movimento (ativismo judicial) mostra-se muito mais visível no modelo judicial norte-americano (*Common-Law*), encontrando também no Brasil certa adesão por parte de alguns magistrados em função das características próprias do nosso sistema judicial, estrutura constitucional e forte judicialização.

Sobre a questão esclarece Luis Roberto Barroso:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas[38].

---

[36] SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Belo Horizonte: Dialética, 2021. v. 1. p. 195.

[37] **Autocontenção Judicial**: "Tendência jurisdicional oposta ao Ativismo, nos planos (*stricto sensu*) (i) interpretativo ou aplicativo e (ii) institucional ou relacional, notabilizada por atitudes judiciais de prudência e deferência às escolhas políticas dos ramos do Governo, manifestadas no *judicial review* e na judicação ordinária, coletiva ou individual, aí compreendidas as inúmeras dimensões da prática jurídica". SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Belo Horizonte: Dialética, 2021. v. 2.

[38] BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista [Syn]Thesis, vol. 5, nº 1. Rio de Janeiro: UERJ, 2012, p. 25-26.

Como já afirmei certa vez[39],

> parte da doutrina brasileira não tem poupado críticas à atuação jurisdicional baseada em uma voluntariosa postura de prevalência dos princípios nas decisões judiciais, em descompasso com as regras do sistema normativo local, a que Hélio Pinheiro Pinto denomina de "juristocracia" ("judicialização da política", "ativismo judicial", "juridicação da vida"), ou "ecojurislação", por Shalom Moreira Baltazar, processo no qual se estaria a operar uma indevida transferência da solução de disputas políticas, econômicas e sociais da própria população para os juízes, passando o Poder Judiciário a substituir os demais Poderes Executivo e Legislativo no protagonismo da resolução dos temas mais sensíveis da vida nacional, mas sem deter a necessária legitimidade originada da vontade popular[40].

Seja como for, o fato é que a postura judicial tem relação direta com a efetividade (ou não) da norma processual – art. 926, CPC - que preconiza a estabilização, integridade e coerência da jurisprudência dos tribunais, complementada pelo art. 927, este que estabelece o rol de decisões "vinculantes", ou, como alguns preferem – "precedentes vinculantes". Seria verdadeira ingenuidade acreditar na uniformização da interpretação do direito sem a aderência e o compromisso dos atores do processo responsáveis justamente pela tarefa de julgar.

Não obstante o tempo de vigência do atual Código Processual Civil brasileiro (desde 2016), tanto a doutrina especializada como a prática forense estão a demonstrar as dificuldades para a recepção do novo instituto em

---

[39] SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Harmonização dos Sistemas Jurídicos: a construção de uma base mínima normativo-jurisprudencial global para o Meio Ambiente e a Sustentabilidade.** São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 156-157.

[40]BALTAZAR, Shalom Moreira. **Justiça ecológica: proteção integral do meio ambiente e a jurisprudência das cortes superiores brasileiras.** Curitiba: Juruá, 2019, p. 177, 182. Acrescenta ainda o autor a seguinte reflexão em outra passagem da obra: "Haveria que se prestigiar, portanto, como regra, a maior vocação e aptidão da própria sociedade, do Legislativo ou mesmo do Executivo, quando comparados ao Judiciário, para, tanto quanto seja possível, decidir, dentre as diversas alternativas existentes de formas ou modos de interação com o meio ambiente, por aquela que ocasione os menores impactos – ou, pelo menos, por aqueles aceitáveis pela maioria da sociedade representada". [...] Muitas vezes não é verdadeira a ideia de que um *satus quo* ambiental de 'natureza intocada' ou de 'máxima restrição' seria melhor do que eventual antropização sustentável para a manutenção ou melhoria da qualidade de vida no planeta – ou mesmo a de que particulares, investidos de legítimo interesse, não poderiam ser inclusive maias eficientes do que o Estado no cumprimento do dever de proteção ao meio ambiente" (p. 222-223). SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Harmonização dos Sistemas Jurídicos: a construção de uma base mínima normativo-jurisprudencial global para o Meio Ambiente e a Sustentabilidade.** São Paulo: Editora Dialética, 2023, p. 156-157.

referência, não sendo possível inclusive atestar que adotamos efetivamente um "sistema de precedentes".

A propósito, Renato Lopes Becho[41], ao tratar dos conflitos de jurisprudência entre STJ e STF no âmbito tributário, faz interessante observação sobre a importância da estabilidade das decisões dos tribunais para a segurança jurídica, principalmente se considerarmos a jurisprudência como uma das fontes do direito, porquanto as normas dela extraídas auxiliam concretamente na regulação das relações sociais, ou seja, na orientação das pessoas e empresas na formação de contratos, investimentos públicos e privados, etc.

Essas injustificadas divergências ou resistências na submissão de novos casos às interpretações consolidadas antecedentes, por parte de órgãos judiciais de instâncias superiores, regionais ou juízos singulares, por certo, somente contribuem para a insegurança jurídica, aumentando a instabilidade no ambiente de negócios brasileiro e permitindo um estado de permanente tensão social.

Conforme noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça[42], em determinado julgamento da Sexta Turma a questão relativa à instabilidade da jurisprudência foi abordada pelos Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Nefi Cordeiro, oportunidade em que o Ministro Rogério Schietti Cruz teria assim se manifestado:

> O Poder Judiciário de São Paulo – e não vou generalizar, até porque se trata de uma corte da mais alta respeitabilidade –, por muitos de seus órgãos fracionários e alguns magistrados de primeiro grau, no tocante a esses crimes de tráfico, vem ignorando ou, até pior, desconsiderando o que decidem as duas cortes que, pela Constituição da República, têm a missão de interpretar em última instância a lei e a Constituição. Quando se trata de uma questão de direito, se esse entendimento é pacificado em súmulas, em jurisprudência, não faz o menor sentido continuar a haver essa dissonância de entendimentos.

---

[41] BECHO, Renato Lopes. Conflitos de jurisprudência entre STJ e STF. IBET. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Conflitos-de-jurisprud%C3%AAncia-entre-STJ-e-STF.pdf. Acesso em: 15 out. 2024.

[42] BRASIL. STJ. Notícias. **Sexta Turma pede atuação mais harmônica das instâncias ordinárias em questões já pacificadas no STJ e no STF**. 04.08.2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04082020-Sexta-Turma-pede-atuacao-mais-harmonica-das-instancias-ordinarias-em-questoes-ja-pacificadas-no-STJ-e-no-STF.aspx. Acesso em: 15 out. 2024.

Não por outro motivo, afirma Lênio Streck[43] que estamos a viver no Brasil uma "jurisprudencialização do direito", algo que não se comunica com absoluta identidade com o "sistema de precedentes" e tampouco tem a capacidade de corrigir o déficit hermenêutico do direito nacional.

O estado de coisas atual, quando muito, se resume a existência de uma orientação normativa indicadora da conveniência de se observar com cautela as decisões anteriores (vinculantes ou não) sobre determinada questão jurídica antes de se proferir uma nova decisão sobre tema de igual natureza, o que se poderia chamar de "sistema de precedentes brasileiro", tal como enunciado recentemente na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais[44].

Uma quinta e última ponderação sobre as dificuldades enfrentadas para a estabilização da jurisprudência está centrada na competência concorrente entre os Juizados Especiais Cíveis e a Justiça Civil ordinária.

Como sabemos, atualmente, nas causas com valor até quarenta (40) salários mínimos a parte pode "optar" entre os Juizados Cíveis ou as Varas Cíveis para a análise da sua pretensão. Tal permissão decorre da atual redação da Lei nº 9.099/95.

Todavia, a prática forense tem evidenciado que esse direito de "opção" por um segmento ou outro vem produzindo grave disfuncionalidade no sistema judicial estadual, defeito ausente nos demais segmentos da Justiça (Juizado Especial Federal, por exemplo - competência absoluta).

Para além da sobrecarga do caminho mais tradicional e conhecido com a migração de processos naturalmente elegíveis para os Juizados Cíveis, temos que em grau recursal surge o problema da possibilidade de decisões conflitantes entre Turmas Recursais e o Tribunal de Justiça, por conta de interpretações antagônicas para a mesma questão jurídica, justamente o que o novo Código de Processo Civil busca evitar.

---

[43] STRECK, Lenio Luiz. **A democracia é compatível com a jurisprudencialização do direito?** CONJUR. Senso Incomum. 30.11.2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-nov-30/a-democracia-e-compativel-com-a-jurisprudencializacao-do-direito/. Acesso em: 15 out. 2024.

[44] A expressão denomina o "II Congresso Sistema Brasileiro de Precedentes", realizado de 21 a 23 de outubro de 2024, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas

Como alternativa para tentar resolver esse problema, recentemente foi apresentado o PL 4056/2024[45] na Câmara dos Deputados, com o objetivo de tornar absoluta a competência dos Juizados Especiais Cíveis, dentre outras alterações, medida que em muito contribuiria para a segurança jurídica e harmonização e estabilização da jurisprudência nacional.

O caminho parece longo. Contudo, sejamos otimistas. A norma em referência (art. 926, CPC) não é ruim para o ordenamento jurídico nacional, pois aponta um caminho para a necessária racionalização do sistema judicial, pródigo em exemplos de decisões conflitantes para casos semelhantes.

Entre tantas dúvidas, enfim, uma certeza: temos grandes desafios ainda insolúveis para podermos testemunhar uma virada cultural jurídica em direção à efetividade da norma processual civil que preconiza a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência nacional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao encerrarmos as reflexões propostas inicialmente neste breve espaço podemos concluir, sem maiores dificuldades, que o cidadão brasileiro, após um período de grande expectativa política, conquistou uma Constituição da República (1988) democrática e garantidora de inúmeros direitos fundamentais, dentre eles o acesso à justiça e a duração razoável do processo.

Como decorrência dessa renovação constitucional, o Poder Judiciário passou a exercer maior protagonismo na solução dos conflitos sociais, políticos e econômicos, o que redundou em um congestionamento de difícil equacionamento, diante de uma recorrente deficiência estrutural material e humana.

Malgrados os movimentos reformistas do revogado Código de Processo

---

Gerais. Disponível em: https://www.sympla.com.br/evento/ii-congresso-sistema-brasileiro-de-precedentes/2583505?referrer=www.google.com. Acesso em: 24 out. 2024.

[45] BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4056/2024, de autoria do Deputado Federal Lafayette de Andrada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2463979. Acesso em: 24 out. 2024. Referido Projeto de Lei teve a nossa contribuição com pesquisas e estudos acadêmicos que serviram de subsídio para a formatação da proposta legislativa, conforme consta em sua “Justificação”.

Civil (1973), balizados em respeitada doutrina e em experiências de outros países, o problema da morosidade judicial permaneceu ativo e em escala crescente, evidenciando uma crise institucional a reclamar outras medidas.

O novo Código de Processo Civil (2015) é fruto dessa constatação de grave ineficiência da jurisdição civil para dar solução ao volume de processos diariamente recebidos pelos juízos e tribunais do país. O projeto incorporou os princípios constitucionais da nova República e trouxe institutos processuais construídos a partir de referências de outros sistemas jurídicos, dentre eles a ideia de respeito e estabilidade aos “precedentes”, prática típica de países integrantes da família da *Common-Law* como a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte.

As mudanças tiveram por objetivo, mais uma vez, racionalizar e dar maior dinamicidade ao andamento processual, assim como produzir decisões ajustadas ao desejo de uniformidade na aplicação e interpretação do Direito.

Todavia, como foi possível observar, existem ainda entraves que dificultam a plena operacionalização do novo sistema proposto.

Precisamos, fundamentalmente, preparar os operadores jurídicos para uma “virada cultural jurídica”, a partir da permanente qualificação dos atuais e futuros técnicos do Direito sobre o processo hermenêutico adequado para o sistema normativo nacional e sua aplicação aos casos concretos, sobre a origem e a prática do “sistema de precedentes” da *Common-Law*, sobre os pontos de convergência e as distinções em relação ao modelo brasileiro estruturado segundo a família da *Civil-Law*, sobre a conveniência de se decidir com responsabilidade e profundidade os litígios levados ao Poder Judiciário, para que as decisões proferidas possam servir como fontes de direito e referenciais normativos em casos futuros, formando uma jurisprudência coerente, íntegra e estável para a agilização da Justiça e combate à morosidade, sem abrirmos mão da tão reclamada e desejada segurança jurídica.

A empreitada não é simples, tampouco de rápida concretização.

Vemos com certo ceticismo as meras alterações normativo-processuais como soluções para “todos os males”, problemas e disfuncionalidades da

abarrotada Justiça brasileira. A história assim está a demonstrar.

De qualquer sorte, apostando no potencial positivo do instituto aqui analisado, o melhor caminho para o seu êxito passa pela intensa formação e conscientização de todos os atores envolvidos na hercúlea tarefa de, em um país continental, fazer prevalecer o melhor direito para dar a cada um o que é seu, com a consciência de que em certos momentos será necessário abrir mão de convicções pessoais ou preferências teóricas e exercitar a autocontenção, para o bem do equilíbrio e da efetividade do sistema normativo nacional.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR, Shalom Moreira. **Justiça ecológica: proteção integral do meio ambiente e a jurisprudência das cortes superiores brasileiras.** Curitiba: Juruá, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista [Syn]Thesis, vol.5, nº 1. Rio de Janeiro: UERJ, 2012.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?**: equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

BECHO, Renato Lopes. **Conflitos de jurisprudência entre STJ e STF**. IBET. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/11/Conflitos-de-jurisprud%C3%AAncia-entre-STJ-e-STF.pdf. Acesso em: 15 out. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 4056/2024, de autoria do Deputado Federal Lafayette de Andrada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2463979. Acesso em: 24 out. 2024.

BRASIL. CNJ. **Justiça em números 2024**. p. 18. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 3 out. 2024.

BRASIL. CNJ. **Justiça em números 2023**. p. 71, nota 5 (https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Police,_court_and_prison_personnel_statistics, referentes à média dos anos de 2019 a 2021. Acesso em ago/2023). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 13 maio 2024.

BRASIL. CNJ. **Justiça em números 2024**. p. 99. Disponível em:

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 3 out. 2024.

BRASIL. IBGE. CENSO 2022. Disponível em: https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/. Acesso em: 18 out. 2024.

BRASIL. IBGE. 2015. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9127-pesquisa-nacional-poramostra-de-domicilios.html?=&t=destaques.

BRASIL. IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf.

BRASI. IBGE. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101892.pdf.

BRASIL. IPEA. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220610_cc_54_nota_25_rendimentos_e_horas_trabalhadas.pdf.

BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. 27-28. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf . Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. STJ. Notícias. **Sexta Turma pede atuação mais harmônica das instâncias ordinárias em questões já pacificadas no STJ e no STF**. 04.08.2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04082020-Sexta-Turma-pede-atuacao-mais-harmonica-das-instancias-ordinarias-em-questoes-ja-pacificadas-no-STJ-e-no-STF.aspx. Acesso em: 15 out. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 8. Título original: “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report”.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: http://www.univali.br/ppcj/ebook. Acesso em: 6 abr. 2022.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. *In*: NUNES, Dierle; MENDES, Aloisio; JAYME, Fernando. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 63.

GLENDON, Mary Ann; GORDON, Michael Wallace; OSAKWE, Christopher. **Comparative legal traditions**: text, materials, and cases on de civil and common-law traditions, with special reference to French, German, English, and European law. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de dezembro de 1994**. Revista Justitia, São Paulo, 57 (171), jul./set. 1995, p. 136-137. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22803/reforma_codigo_civil_processo.pdf. Acesso em: 9 out. 2024.

ÖRÜCÜ, Esin. Unde venit, quo tendit comparative law? *In*: HARDINNG, Andrew; ÖRÜCÜ, Esin. **Comparative law in the 21st century**. The Hague: Kluwer Academic Publishers, 2002.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. **Curso de derecho internacional público**. 25. ed. Madrid: Tecnos, 2021.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Belo Horizonte: Dialética, 2021. v. 1.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre Civil Law e Common Law. Belo Horizonte: Dialética, 2021. v. 2.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. Acesso à justiça e autonomia financeira do poder judiciário: a quarta onda? 1ª ed. (2006) 2ª reimpr. (2010). Curitiba: Juruá, 2010, p. 204-205.

SCHUCH, Luiz Felipe Siegert. **Harmonização dos Sistemas Jurídicos: a construção de uma base mínima normativo-jurisprudencial global para o Meio Ambiente e a Sustentabilidade.** São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

STIVAL, Mariane Morato**. Direito internacional do meio ambiente: o meio**

ambiente na jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes: qual é o dispositivo mais descumprido no Direito brasileiro?** Consultor Jurídico. 26.09.2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-26/precedentes-qual-e-o-dispositivo-mais-descumprido-no-direito-brasileiro/. Acesso em: 9 out. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **A democracia é compatível com a jurisprudencialização do direito?** CONJUR. Senso Incomum. 30.11.2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-nov-30/a-democracia-e-compativel-com-a-jurisprudencializacao-do-direito/. Acesso em: 15 out. 2024.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PODER JUDICIÁRIO
ACADEMIA JUDICIAL
de Santa Catarina