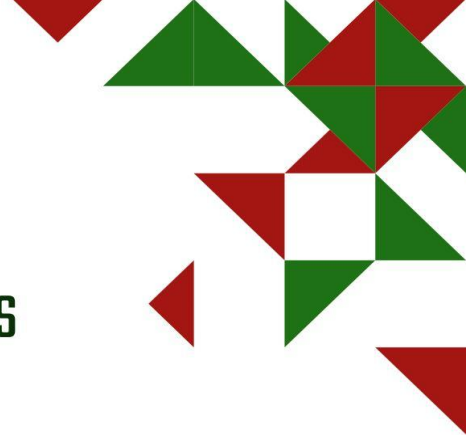




DIREITOS FUN DA MEN TAIS

NA PERSPECTIVA
ÍTALO-BRASILEIRA

VOLUME V

Fábio da Silva Veiga
Filippo Viglione
Francesca Benatti

Coords.



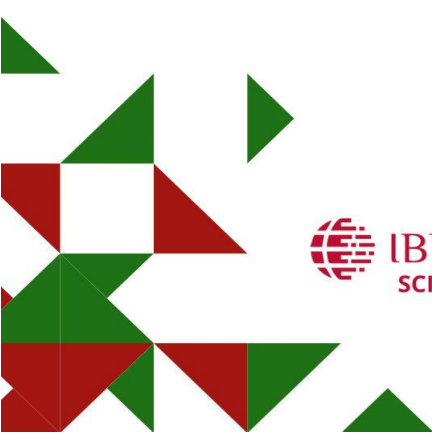
IBEROJUR
SCIENCE PRESS



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Spogi

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA



**DIREITOS
FUN
DA
MEN
TAIS**
**NA PERSPECTIVA
ÍTALO-BRASILEIRA**

VOLUME V

Porto
2025

**Fábio da Silva Veiga
Filippo Viglione
Francesca Benatti**

Coords.

O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão acadêmico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comitê Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrônica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

Avaliação double-blind peer review

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no qual se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação double-blind peer review do Comitê Científico composto por doutorados que avaliam em conformidade com a especialização da matéria.

The editor is not responsible for the opinions, comments and manifestations contained in the texts of the respective authors. This book presents exclusively the opinion of each author as a manifestation of their right to freedom of expression and the academic-scientific standard defined by the Scientific Committee's review parameter. The editor expressly opposes any of the pages of this work or parts thereof in which summaries or journalistic texts are used. Any form of reproduction, distribution, public communication or transformation of this work can only be carried out with the authorization of its right holders, except for the exception provided for by law. Therefore, this book may not be reproduced in full without the prior permission of the publishers. The authors of the chapters are authorized to reproduce and index them electronically for non-commercial purposes, mentioning that the respective texts belong to the entire book, provided if the publisher and other information about the work are cited. Any other forms of assignment of use of the work, without the prior written authorization of the copyright holders, are considered prohibited.

Process of evaluation is the system of double-blind peer review

The original selection procedure adjusts to specific research criteria, in which it is indicated that the admission of published papers responds to quality criteria comparable to those required by scientific journals, namely double-blind peer review evaluation by the Scientific Committee composed of doctorates that they evaluate in accordance with the expertise of the matter.

Ficha Técnica

© 2025 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos– IBEROJUR

Título: Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, Vol. V

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, Filippo Viglione, Francesca Benatti

Edição: Iberojur Science Press

Diagramação: Mariana Dares

Capa: Mariana Dares

© [Autores vários]

Suporte: Electrónico; Formato: PDF/ PDF/A.

ISBN: 978-989-36054-3-1.

DOI: <https://doi.org//10.62140/DFPITBR52025>

1ª edição: Iberojur Science Press

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

Junho, 2025.

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n.º: 548562/25.

Citação: VEIGA, Fábio da Silva; VIGLIONE, Filippo; BENATTI, Francesca (Coords.). Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, Vol. V. 1. ed. Porto/Padova: Iberojur Science Press, 2025. ISBN 978-989-36054-3-1.

COMITÉ CIENTÍFICO

Adriano Marteleto Godinho (UFPB)

Alessandro Boscatti (U.Milano)

Alexandre Cavalcanti A. de Araújo (Faculdade Três Marias)

André Studart (UNICHRISTUS)

António Francisco de Sousa (U.Porto)

Augusto Jobim (PUCRS)

Camilla Benevides (IBEROJUR)

Carlos Alberto Lunelli (UCS)

Cildo Giolo Júnior (Faculdade de Direito de Franca)

Davide Casale (U.Bologna)

Denise Fincato (PUCRS)

Doglas Lucas (UNIJUI)

Fabio Siebeneichler de Andrade (PUCRS)

Fabio Veiga (U.Lusófona)

Fabrizio Piraino (U. Palermo)

Fátima Santoro (UNESA)

Filippo Viglione (U.Padova)

Francesca Benatti (U. Cattolica Sacro Cuore)

Frederico Oliveira (UNAMA)

Gianpaolo Poggio Smanio (U.Mackenzie)

Jeferson Bacelar (UNAMA)

João Proença Xavier (UCoimbra) José Sérgio Cristóvam (UFSC)

José Sérgio Saraiva (Faculdade de Direito de Franca)

Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS)

Luciana de França O. Rodrigues (EESAP)
Maria Claudia Brauner (FURG)
Maria Cláudia Antunes de Souza (UNIVALI)
Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR)
Maria do Rosário Anjos (U.Lusófona)
Maria Giovanna Greco (U.Parma)
Mauro Grondona (U.Genova)
Mônica Tassigny (UNIFOR)
Patrícia Anjos Azevedo (ESTG/Politécnico do Porto)
Patrícia Ayub da Costa (UEL)
Renata Albuquerque (UNICHRISTUS)
Ricardo Gloeckner (PUCRS)
Valter Moura do Carmo (Conpedi)
Vania Siciliano Aieta (UERJ)
Vincenzo Durante (U.Padova)
Wilson Engelman (UNISINOS)
Zélia Pierdoná (U.Mackenzie)

APRESENTAÇÃO

A presente obra coletiva reúne os artigos apresentados no *III Seminário Ítalo-Brasileiro de Direitos Fundamentais*, realizado nos dias 24 e 25 de janeiro de 2025, no Campus de Rovigo da Università di Padova, em formato híbrido (presencial e online). O evento, fruto de uma rica cooperação internacional entre instituições acadêmicas da Itália, de Portugal e do Brasil, foi promovido pelo Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (Iberojur) e pelo Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali da Università di Padova.

Com um olhar dialético, crítico e metodologicamente rigoroso sobre os direitos fundamentais, os trabalhos aqui reunidos transitam por múltiplas temáticas contemporâneas — do biodireito à proteção ambiental, da responsabilidade empresarial à análise econômica do direito, da justiça social à eficácia dos direitos humanos na era digital.

Sob a coordenação científica dos Professores Doutores Fábio da Silva Veiga (Universidade Lusófona do Porto), Filippo Viglione (Università di Padova) e Francesca Benatti (Università Cattolica del Sacro Cuore), esta coletânea reflete a pluralidade de vozes e visões que marcaram o seminário, reafirmando a relevância da cooperação acadêmica transnacional na construção e concretização dos direitos fundamentais.

Os capítulos foram selecionados por meio de processo de avaliação cega (blind review) e submetidos às diretrizes editoriais internacionais, sendo todos os textos registrados com DOI e organizados sob ISBN europeu, assegurando a difusão acadêmica global do conhecimento aqui produzido.

Mais do que um registro científico, este livro é um convite ao diálogo permanente entre sistemas jurídicos distintos, unidos pelo compromisso ético com a dignidade humana, a justiça e a democracia.

PRESENTAZIONE

La presente opera collettiva raccoglie gli articoli presentati durante il III Seminario Italo-Brasiliano sui Diritti Fondamentali, svoltosi il 24 e 25 gennaio 2025 presso il Campus di Rovigo dell'Università di Padova, in formato ibrido (in presenza e online). L'evento, frutto di una proficua cooperazione internazionale tra istituzioni accademiche di Italia, Portogallo e Brasile, è stato promosso dall'Istituto Iberoamericano di Studi Giuridici (Iberojur) e dal Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali dell'Università di Padova.

Con uno sguardo dialettico, critico e metodologicamente rigoroso sui diritti fondamentali, i lavori qui raccolti affrontano molteplici tematiche contemporanee — dal biodiritto alla tutela ambientale, dalla responsabilità d'impresa all'analisi economica del diritto, dalla giustizia sociale all'efficacia dei diritti umani nell'era digitale.

Sotto la direzione scientifica dei Professori Dottori Fábio da Silva Veiga (Universidade Lusófona do Porto), Filippo Viglione (Università di Padova) e Francesca Benatti (Università Cattolica del Sacro Cuore), questa raccolta riflette la pluralità di voci e visioni che hanno caratterizzato il seminario, riaffermando la rilevanza della cooperazione accademica transnazionale nella costruzione e attuazione dei diritti fondamentali.

I capitoli sono stati selezionati attraverso un processo di valutazione cieca (blind review) e sottoposti alle linee guida editoriali internazionali. Tutti i testi sono registrati con DOI e organizzati secondo lo standard ISBN europeo, garantendo una diffusione accademica globale del sapere prodotto.

Più che una semplice testimonianza scientifica, questo libro è un invito al dialogo permanente tra sistemi giuridici differenti, uniti dall'impegno etico verso la dignità umana, la giustizia e la democrazia.

ÍNDICE

LA CUSTODIA DEL CREATO ATTRAVERSO LA GIUSTIZIA AMBIENTALE	16
Matteo Bicchiri	
GLI ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI TRA GLI STRUMENTI DI TUTELA DELLA DISABILITA'	49
Francesca Limena	
THE CHILD WITH DISABILITIES AND THE RIGHT TO EDUCATION THE ROLE OF DAMAGES	69
Stefano Corso	
COMPORTO E DISABILITA' PROTECTED PERIOD AND DISABILITY	89
Lorenza Proia	
INCLUSIVITY OR SPECIALIZATION? LEGAL FRAMEWORKS, GOVERNANCE MODELS, AND ESG-DRIVEN OPPORTUNITIES FOR PARA AND ABLE-BODIED FEDERATIONS AND CLUBS.....	103
Federico Lubian	
LA “VIA DELLA DISABILITA’” PER UNA RIDEFINIZIONE DEL QUADRO DELLE TUTELE DEL MALATO CRONICO	126
Livia Tamburro	
LAVORO FORZATO E IMPORTAZIONI: IL REGOLAMENTO UE 2024/3015 E GLI STANDARD RILEVANTI DELL’ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO. PROFILI CRITICI.....	150
Andrea Sitzia	
Valter Zanin	
SCIOPERO E CONFLITTO NELL’ERA DIGITALE: NUOVE PROSPETTIVE GIURIDICHE STRIKE AND CONFLICT IN DIGITAL ERA: NEW LEGAL PERSPECTIVES	193
Simone Caponetti	
LA NOZIONE DI DISABILITÀ TRA PASSATO E FUTURO.....	211
Anna Maria Battisti	
LE DISCRIMINAZIONI PER DISABILITÀ SUI LUOGHI DI LAVORO: LE TUTELE DEL DIRITTO EURO-UNITARIO E ITALIANO	228
Maria Cristina Cataudella	

SAÚDE MENTAL E AS NOVAS MEDIDAS JUDICIAIS: DESAFIOS JURÍDICOS DO DEVER DE INFORMAR EM PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS 246

Alyne Priscila de Souza da Costa Queiroz

Carlos Cristiano Meneghin de Oliveira

O CONDOMÍNIO COMO ENTIDADE JURÍDICA SUI GENERIS.....259

Ana Beatriz Lopes Barbosa

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL JUSLABORAL BRASILEIRA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UM BREVE ESTUDO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO.....280

Ana Cecília de Oliveira Bitarães

O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA.....298

Ana Clara Cabral de Sousa

O ACESSO À JUSTIÇA: ENTRE A EXPRESSÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA 317

Ana Maria Maximiliano

DESASTRES AMBIENTAIS OCASIONADOS PELO ROMPIMENTO OU GALGAMENTO DE BARRAGENS: COMO A FALTA DE FISCALIZAÇÃO E DE RIGIDEZ DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PODE OCASIONAR A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....332

Ana Paula dos Santos Sousa

Gabriela dos Santos Grossi

Kênia Cristina Pontes Maia

IMPACTOS DA FALTA DE FISCALIZAÇÃO E DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA INSEMINAÇÃO CASEIRA NO BRASIL 355

Ana Paula dos Santos Sousa

Gabriela dos Santos Grossi

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

CRIMINOLOGIA, CENSURA E A LIBERDADE DE IMPRENSA: NOVAS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO GLOBAL 376

Angélica Lima

Raphaella Viana Silva Asfora

DINÂMICAS DE TRANSFORMAÇÃO URBANA: UMA ANÁLISE PRELIMINAR DOS CONCEITOS DE GENTRIFICAÇÃO.....396

Anny Caroline Sloboda Anese

Paulo Junior Trindade dos Santos

SHAREHOLDERS' AGREEMENT AND PROCEDURAL LEGAL TRANSACTION: INSTRUMENTS FOR FLEXIBILITY AND PREVENTION OF CORPORATE CONFLICTS IN BRAZIL..... 409

Antonio Andre Johnsson

Leonardo Lindroth de Paiva

O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES DE EX-COMBATENTES NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EX-COMBATENTES PARAIBANOS DA FORÇA EXPEDICIONÁRIA BRASILEIRA 422

Antonio Odon da Silva Neto

ACTION FOR PEACEKEEPING: AS OPERAÇÕES MILITARES E OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E NA ITÁLIA 439

Raphaella Viana Silva Asfora

Roana de Brito Rangel Guerra

Félix Araújo Neto

DIREITO À MEMÓRIA E REPARAÇÃO: NOVAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS – RECONHECIMENTO DO GENOCÍDIO DOS POVOS ORIGINÁRIOS GUARANI-KAIOWÁ DURANTE A DITADURA MILITAR..... 456

Arminda Ludmila Deveza Martins da Rocha

AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO..... 477

Bruno Gofman

Bruno Ponich Ruzon

DIREITOS HUMANOS E IMIGRANTES: A CONTRIBUIÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA 495

Bruno Gofman

Bruno Ponich Ruzon

Eduardo Augusto Salomão Cambi

MEDIAÇÃO FAMILIAR: ASPECTOS GERAIS E RELEVANTES - UMA ANÁLISE JURÍDICA E MULTIDISCIPLINAR 511

Camila Pires de Oliveira Faria

DIRETRIZES ANTECIPADAS DA VONTADE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA DO MÉDICO 528

Carlos Cristiano Meneghin de Oliveira

ACESSO À JUSTIÇA E OS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL.....544

Carlos Felipe Lopes Marinho Aires

Fábio da Silva Veiga

TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E SOBERANIA ESTATAL: UMA ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ENTRE JURISDIÇÃO E AUTODETERMINAÇÃO NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 557

Carolina Pavese Barbosa Machado

TRÁFICO DE PESSOAS: UMA PROBLEMÁTICA PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO 577

Dáclis Barbosa Coelho

Victor Ugo Barbosa Coelho de Lima

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A “LEI DA REFORMA ELEITORAL”: ANÁLISE DOS DIREITOS POLÍTICOS E ELEITORAIS À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 596

Vânia Siciliano Aieta

Daniela da Costa Fernandes

POLÍTICAS DESENVOLVIMENTISTAS, RACISMO AMBIENTAL E ECOLOGIA DECOLONIAL: REFLEXÕES SOBRE A EXPLORAÇÃO AMBIENTAL NO MARANHÃO - BRASIL..... 617

Daniela Lustosa Lopes

ENTRE A MEMÓRIA E A IMPUNIDADE: O ATENTADO DO RIOCENTRO (1981) E OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL PÓS-DITADURA..... 632

Danielle Barreto Lima

BACKGROUND CHECK TRABALHISTA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR 646

Denise Fincato

Gabriel Ketzer

IL BACKGROUND CHECK IN AMBITO LAVORATIVO E LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO 668

Denise Fincato

Gabriel Ketzer

SECA E SOBREVIVÊNCIA: A INTERSEÇÃO ENTRE CRISE HÍDRICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA AMAZÔNIA 690

Denison Melo de Aguiar

Helder Brandão Góes

Priscila da Silva Souza

DIREITOS FUNDAMENTAIS E VULNERABILIDADES NA AMAZÔNIA: CONSTRUINDO SUSTENTABILIDADE PARA AS GERAÇÕES FUTURAS..... 703

Denison Melo de Aguiar

Helder Brandão Góes

Priscila da Silva Souza

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS IDOSAS NA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO/SP 718

Iara Pereira Ribeiro

Eduarda Umbelina Pinheiro Kamijo de Moraes

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA: DESAFIOS E PERSPETIVAS NA ERA DIGITAL 729

Eugénio Lucas

O ACESSO À JUSTIÇA PELA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA NA ALDEIA DOS SMURFS 751

Fabiana Marion Spengler

Maini Dornelles

Theobaldo Spengler Neto

DA JURISDIÇÃO A MEDIAÇÃO: O PAPEL DA LINGUAGEM NA DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA 770

Fabiana Marion Spengler

Maini Dornelles

Theobaldo Spengler Neto

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O IMPACTO DA TECNOLOGIA SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS 793

Cássio Willames Ferreira Moura

Fábio da Silva Veiga

REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL, PRIVACIDADE E ACESSO À PRODUÇÃO INTELECTUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL 820

Anna Flávia Azevedo

Fábio da Silva Veiga

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES E A APLICABILIDADE DA BUSINESS JUDGMENT RULE: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL 837

Samuel Henrique Silva Favorito Brandão

Fábio da Silva Veiga

O ACESSO IGUALITÁRIO AO CONSUMO SUSTENTÁVEL NA UNIÃO EUROPEIA 862

Ana Luísa de Souza

Fábio da Silva Veiga

CENTRO DE NEGOCIAÇÃO PREVENTIVA EM SAÚDE NO ESPÍRITO SANTO, BRASIL: INOVANDO POR UMA REGULAÇÃO DO ACESSO MAIS JUSTA..... 874

Fabício Santos Neves

Cristiano Luiz Ribeiro de Araújo

**PERFIL DAS AÇÕES JUDICIAIS RELACIONADAS À INTERNAÇÃO EM
SAÚDE MENTAL CONTRA A SECRETARIA DE SAÚDE DO ESPÍRITO
SANTO (2022-2023)..... 888**

Cristiano Luiz Ribeiro de Araujo

Ricardo de Lima Soares

**LA RELAZIONE PROCESSUALE INCLUSIVA ALLA LUCE DEL
MODELLO COOPERATIVO E DELLA BUONA FEDE OGGETTIVA 908**

Fernando Gaburri

LA CUSTODIA DEL CREATO ATTRAVERSO LA GIUSTIZIA AMBIENTALE

Matteo Bicchiri¹

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

DOI: <https://doi.org/10.62140/MB162025>

Il rapporto tra uomo e natura viene esplorato attraverso le principali tradizioni religiose e filosofiche, evidenziando le influenze storiche e giuridiche che ne hanno determinato l'evoluzione. La contrapposizione tra visioni antropocentriche ed ecocentriche e il loro impatto sui modelli di sviluppo e di gestione delle risorse naturali assume un ruolo chiave nella riflessione sulla sostenibilità ambientale. 2. L'enciclica *Laudato Si'* offre una visione olistica dell'ambiente e della giustizia sociale, sottolineando la necessità di una conversione ecologica come risposta alla crisi ambientale globale. Il documento pontificio propone un approccio integrato che lega la cura del Creato alla tutela della dignità umana e al benessere delle generazioni future. 3. La tutela dell'ambiente nelle costituzioni di diversi Paesi viene messa a confronto, con particolare attenzione alla recente riforma della Costituzione italiana e alle sue implicazioni per il diritto ambientale. L'inserimento della protezione dell'ambiente tra i principi fondamentali solleva questioni di bilanciamento con altri diritti, tra cui l'iniziativa economica e la tutela della salute. 4. I cambiamenti climatici colpiscono in misura maggiore le fasce più vulnerabili della popolazione, accentuando le disuguaglianze sociali e ponendo nuove sfide per la giustizia ambientale. Le iniziative globali mirano a rafforzare la tutela delle comunità più esposte attraverso

¹ Dottorando di Ricerca in Diritto Privato Comparato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Email: matteo.bicchiri@unicatt.it

strumenti normativi e finanziari, come il Loss and Damage Fund. 5. Il climate change litigation si è sviluppato a livello internazionale attraverso casi giuridici sempre più rilevanti, affrontando le sfide legali legate al riconoscimento dei diritti ambientali. L'azione legale si configura come un mezzo per colmare le lacune normative e spingere governi e aziende ad assumere maggiori responsabilità ambientali. 6. L'interazione tra etica, diritto e attivismo si rivela fondamentale per garantire una protezione efficace dell'ambiente. Le istituzioni internazionali e il contenzioso climatico svolgono un ruolo chiave nel promuovere modelli di sviluppo sostenibili, orientati alla tutela della biodiversità e alla riduzione delle emissioni inquinanti.

Key words: teologia ambientale; conversione ecologica; costituzionalismo ecologico; climate change litigation.

1. Antropocentrismo ed ecocentrismo nelle diverse culture religiose e filosofiche

«Chi conosce una sola religione non conosce nessuna religione».²

La parola ambiente deriva dal latino *ambiens* e indica l'andare attorno, ossia ciò che circonda l'uomo. Secondo l'Enciclopedia Treccani, l'ambiente:

«è tutto ciò che ci circonda e con cui interagisce un organismo. Il concetto di ambiente è quindi relativo e comprende tutte le variabili o descrittori biotici (componente vivente come piante, animali, microrganismi ecc..) e abiotici (componente non vivente come clima, natura del suolo ecc..) in cui un

² J. NEUSNER, T. SONN, *Comparare le religioni attraverso il diritto: islam e ebraismo*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol. 1, 2001, p. 199.

organismo vive e interagisce nel corso della sua esistenza»³.

In tale direzione si è mossa anche la Corte Costituzionale italiana con le sentenze n. 210 e n. 641 del 1987, riconoscendo l'ambiente come un bene immateriale e unitario sebbene formato da varie componenti⁴. Ciononostante, il concetto di ambiente non è univoco e subisce l'influenza di diversi fattori come la cultura, la lingua, la religione e il diritto a cui una determinata popolazione appartiene⁵. È, pertanto, possibile distinguere due concezioni antitetiche: il biocentrismo e l'antropocentrismo⁶. In base alla prima, si attribuisce valore intrinseco ed equivalente a tutte le componenti naturali, tra le quali, il genere umano non è collocato in una posizione prioritaria rispetto alle altre. L'antropocentrismo, invece, propone una lettura di tali relazioni maggiormente orientata alla soddisfazione di interessi pertinenti al genere umano: «L'uomo viene posto come *prius* rispetto alla natura, come essere superiore, dotato di ragione e chiamato a dominare e appropriarsi della natura che deve servire come mezzo per il soddisfacimento dei bisogni, come risorsa di produzione, di consumo e di riproduzione delle specie umana. Lo stesso rapporto tra uomo e natura viene considerato un rapporto tra soggetto e oggetto, definito artificialmente dall'uomo stesso»⁷. Tuttavia, queste concezioni differenti dei rapporti tra uomo e ambiente devono considerarsi dinamiche: possono evolvere e variare a seconda del contesto di riferimento. Per tale ragione, la comparazione tra le diverse culture religiose e giuridiche può essere vista come un approccio investigativo che, pur riconoscendo e rispettando le strutture di conoscenza esistenti, le tradizioni

³ M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, CEDAM, Padova, 2008, p. 175.

⁴ M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 73 ss.

⁵ «È possibile indicare l'elemento che induce a collocare i diritti delle religioni nel campo delle concezioni giusnaturalistiche del diritto: anche per essi il diritto rispecchia una legge che precede l'uomo e a cui l'uomo deve attenersi». S. FERRARI, *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 40.

⁶ Il termine "antropocentrismo" deriva dal termine "antropocene", con il quale è frequente indicare il periodo geologico attuale nel quale l'uomo influenza l'evoluzione del Pianeta Terra e degli esseri viventi che lo popolano. P.J. CRUTZEN, *A pioneer on atmospheric chemistry and climate change in the Anthropocene*, Springer, Berlino, 2016, p. 67. Alcuni autori sostengono che sia più corretto sostituire il termine antropocene con quello di "capitalocene", denominazione critica al sistema economico capitalistico che avrebbe prodotto conseguenze negative sull'ambiente. J.W. MOORE, *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, Ombre Corte, Verona, 2017, pp. 10 ss.

⁷ J. LUTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente: profili tedeschi ed italiani*, in *Politica del diritto*, 1989, p. 675.

nsolidate e l'importanza dei paradigmi stabiliti, ha anche il coraggio di sfidarli⁸. Ad esempio, alcuni autori hanno attribuito una visione antropocentrica all'interpretazione giudaico-cristiana della natura⁹: «Dio li benedisse e disse loro: “siate fecondi e moltiplicatevi; riempite la terra, rendetevela soggetta, dominate sui pesci del mare e sugli uccelli del cielo e sopra ogni animale che si muove sulla terra”» (Genesi 1, 26-28)¹⁰. Tuttavia, la dottrina sociale della Chiesa si caratterizza piuttosto per una rilettura in chiave eco-centrica¹¹. Note a tutti sono, ad esempio, le parole di San Francesco d'Assisi nel Cantico delle Creature: «Laudato sîi, o mio Signore, per nostra Madre Terra, la quale ci sostenta e governa e produce diversi frutti con coloriti fiori ed erba», che non vanno interpretate come un testo letterario, ma come una testimonianza di fede¹². Ciononostante, la nozione di natura nel diritto naturale ha subito un'evoluzione storica che ha influenzato profondamente la concezione dell'uomo e della società. Nella cultura greca, la natura era vista come un ordine immutabile, indagabile ma non funzionalmente asservito all'uomo. Platone e Aristotele identificavano nel *physei dikaion* la tensione tra l'ordine dell'anima e quello naturale e sociale, con la natura umana come ponte tra mondo fisico e divino, e l'azione politica come contesto per derivare il contenuto del diritto naturale, trasformando la fisica in metafisica¹³. Con il Cristianesimo, la natura assume una dimensione teologica, come attestato da Paolo attraverso il *testimonium animae*, mentre Tommaso d'Aquino sviluppa la *lex naturalis* quale condotta conforme all'ordine creaturale e ai fini di giustizia. L'età moderna vede una progressiva separazione tra natura e grazia: Hobbes

⁸ R. GHOSH, J.H. MILLER, *Thinking literature across Continents*, Duke U.P., Durham, 2016, p. 4.

⁹ L. WHITE JR., *The historical roots of our ecologic crisis*, in *Science*, vol. 155, 1967, pp. 1203-1207.

¹⁰ J. ELDER, *Spirit and Nature: why environment is a religious issue*, Beacon Press, Boston, 1992, p. 129.

¹¹ E. RUOZZI, *La Lettera Enciclica Laudato Si': dal diritto dell'individuo ad un ambiente sano al dovere di protezione del bene comune*, in *OIDU*, 2016, pp. 1-6. Ludovico Necchi nei suoi pensieri religiosi affermava: «Questo immenso universo non domanda che di essere conosciuto per cantare la gloria di Dio (...). E non si creda che sia necessario passeggiare fra gli astri per sentire tutta la grandezza e la bontà di Dio: le meraviglie svelate dalla biologia nel mondo dei viventi ci riempiono ogni dì di stupore e di ammirazione: persino fra le severe formule della fisica brilla improvvisa una luce divina». P. BONDIOLI, *Pensieri religiosi di Vico Necchi*, V ed., Vita e Pensiero, Milano, 2023, pp. 90, 91. Necchi è stato fondatore della Università Cattolica unitamente a Padre Agostino Gemelli e Armida Barelli. Per un approfondimento v. D. BARDELLI, *Storia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Temi, questioni, protagonisti. 1914-1921*, vol. VII, Vita e pensiero, Milano, 2017.

¹² E. GIULIANI, *Natura oppure Creazione? Per una lettura cristiana della questione ecologica*, in *Divus Thomas*, vol. 126, No. 3, 2023, pp. 343-355.

¹³ U. GALIMBERTI, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2008, pp. 474 ss.

riduce la legge naturale al desiderio di autoconservazione, fondando la società su un *pactum subjectionis*, mentre Locke privilegia l'usufrutto dei beni naturali per la felicità individuale. Questa secolarizzazione frammenta il concetto di natura e dissocia la realizzazione umana dalla sfera politico-sociale¹⁴, riducendo il diritto a strumento di tutela e controllo, mentre la scienza moderna standardizza e domina la natura, alienando l'uomo dall'armonia naturale. Tale processo richiede un'evoluzione dell'umanità affinché l'uomo rimanga padrone delle sue creazioni, in linea con il mandato della Genesi di rendere la terra propizia alla crescita umana e spirituale¹⁵. Nel pensiero contemporaneo si osserva un ritorno a una visione integrata di natura che valorizza le tradizioni classica e cristiana. Autori come Voegelin, Hittinger e Capograssi evidenziano una prospettiva teleologica in cui il diritto naturale funge da ponte tra l'ordine creaturale e la realizzazione della persona¹⁶. Benedetto XVI sottolinea l'importanza di natura e ragione come fonti del diritto, ispirandosi alla tradizione stoica e romana per affrontare le sfide moderne in un disegno etico volto a preservare l'essenza umana¹⁷.

Analizzando, invece, il contesto islamico, si evince come da un lato si conferisca rilievo alla natura alla stregua di un dono divino ricevuto per il tramite della Creazione, dall'altro sembra prevalere una visione antropocentrica:

«Although an Islamic ethic of environmental responsibility toward God's creation can be rooted in extensive quotation from the Qu'ran and other important sources, Islam, no less than Christianity, has been predominantly anthropocentric in practice, and thus, many contemporary Islamic writers tell us, require

¹⁴ CEVASCO P., *Diritto di natura: la cittadinanza umano-divina*, in *Riv. Filosofia neo-scol.*, vol. 103, 2011, pp. 300 ss.

¹⁵ R. GUARDINI, *Lettere dal Lago di Como, La tecnica e l'uomo*, V ed., Morcelliana, Brescia, 2022, pp. 55-61; *ibidem*, p. 86: «Orunque tu avverti il progressivo sbriciolamento delle cose, lo smembramento delle misure, percepisci come una creazione sia inghiottita da un'altra, come un ordinamento antico sia soppiantato da uno nuovo».

¹⁶ E. VOEGELIN, *History of political ideas*, in *The collected works of E. Voegelin*, vol. 20, 1997, p. 218.; R. HITTINGER, *The first grace: rediscovering the natural law in a post-Christian world*, ISI Books, Wilmington 2003, pp. 270-293; G. CAPOGRASSI, *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Bompiani, 2008.

¹⁷ N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 37-43.

at the very least a reorientation toward its own founding text»¹⁸.

Tuttavia, anche nella cultura islamica si riscontra un'ammirazione per natura e paesaggio, visti come espressioni della volontà divina. Ad esempio, l'*Islamic Relief* – un'organizzazione umanitaria ispirata ai principi islamici – è attiva nella protezione ambientale e nella lotta al cambiamento climatico, contribuendo anche all'Agenda ONU 2030. Addirittura, alcuni autori islamici rilevano una carenza di spiritualità nell'Agenda, sostenendo che la gestione ambientale dovrebbe essere ancorata agli ideali religiosi, in particolare al principio secondo cui l'uomo è vicario di Dio sulla Terra. In questa prospettiva, la finanza etica islamica può supportare il finanziamento degli obiettivi di sviluppo sostenibile¹⁹.

Il rapporto uomo-natura è vissuto in armonia e interconnessione nella tradizione buddhista: *«any suggestion of superiority (“domination”) over nature would be taken as a manifestation of precisely the kind of self-consciousness and selfishness that Buddhism’s designed to eradicate»*²⁰, analogamente alla concezione centro-africana, la quale è inquadrata tra le culture meno antropocentriche²¹. La relazione tra uomo e ambiente nell'induismo emerge nella decisione della Corte Suprema Indiana *Fomento Resorts & Hotels v. Minguel Martins*, nella quale i giudici ripercorrono la tradizione filosofica e religiosa del Paese, ricordando come la società indiana, da tempo immemorabile, è stata consapevole della necessità di proteggere l'ambiente e l'ecologia per «vivere in armonia con la natura». Nel pensiero dei saggi, secondo la Corte, si trova già un'ampia prova del rispetto che la società ha sempre avuto nei confronti di ogni forma di vita: «era un

¹⁸ R.S. GOTTLIEB, *A Greener Faith: religious environmentalism and our planet's future*, Oxford U.P. USA, New York, 2009, p. 29.

¹⁹ R. ALUFFI, *Comunità umane solidali e inclusive. Il punto di vista islamico sugli obiettivi 4, 10, 11 e 16 dell'Agenda Onu 2030*, in L. BATTAGLINI, I. ZUANAZZI, *Religioni e sviluppo sostenibile*, Accademia U.P., 2021, pp. 191-195.

²⁰ R.S. GOTTLIEB, *ivi*, p. 35.

²¹ J. CARRUTHERS, *Africa: histories, ecologies and societies*, in *Environ. Hist. Camb.*, vol. 10, No. 4, 2004, pp. 379-406. Anche i Paesi del Nord Europa hanno da tempo, ormai, sviluppato un rapporto eco-centrico con la natura, soprattutto grazie ai contributi della c.d. *ecophilosophy* o *ecologia profonda* di Arne Naess, filosofo e ambientalista norvegese, che sostenne sin dagli anni '70 che tutti gli esseri viventi hanno un valore intrinseco e il diritto di esistere indipendentemente dalla loro utilità per gli esseri umani. N. WITOSZEK, A. BRENNAN, *Philosophical dialogues: Arne Naess and the progress of ecophilosophy*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999, pp. 235 ss.

sacro dovere di ognuno proteggerli, (...) le persone veneravano gli alberi, i fiumi e il mare, che venivano trattati come appartenenti a tutte le creature viventi. I bambini venivano educati (...) sulla necessità di mantenere l'ambiente pulito e di proteggere la terra, i fiumi, il mare, le foreste, gli alberi, la fauna e ogni specie di vita»²².

2. L'Enciclica *Laudato Si'*: un Richiamo All'*ecologia Integrale*

Il tema del rapporto tra uomo e ambiente occupa una parte significativa della lettera enciclica *Laudato si'* del 2015 e dei documenti del Sinodo sull'Amazzonia del 2019 e 2020. Tra questi temi, si ricordano: la radice umana della crisi ecologica, con particolare riferimento all'antropocentrismo distorto e allo sfruttamento delle risorse naturali (*cultura dello scarto*); la critica al paradigma tecno-economico; l'attenzione alle culture indigene e alla loro visione alternativa del rapporto tra uomo e ambiente; infine, la necessità di adottare un nuovo approccio di pensiero e di azione, definito come *ecologia integrale*. Quest'ultima si fonda sulla consapevolezza che la cura del Creato deve essere accompagnata dal perseguimento della giustizia sociale e del bene comune. Sebbene tale concetto risuoni anche nelle filosofie e religioni antropologiche esaminate, non si riscontra la medesima rilevanza teologica né l'urgenza etica che gli vengano attribuite nei documenti del Magistero²³.

L'enciclica *Laudato Si'* di Papa Francesco integra e completa l'Enciclica *Caritates in Veritate* di Papa Benedetto XVI²⁴. Un tema centrale della *Laudato Si'* è l'essere umano, creato a immagine di Dio e incaricato di “coltivare e custodire” il mondo, come riportato nella Sacra Scrittura: «L'Eterno Dio prese dunque l'uomo e lo pose nel giardino dell'Eden perché lo lavorasse e lo custodisse» (*Genesi 2,15*). Tuttavia, questa espressione non rappresenta una giustificazione per un dominio incontestato sull'ambiente, bensì un invito a prendersene cura. Nell'enciclica si evidenzia come i testi biblici attribuiscano all'essere umano il ruolo di custode

²² F. BENATTI, *Prospettive sul contenzioso climatico*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, p. 533.

²³ A. CASELLA, *Popolazioni indigene, tutela dell'ambiente e diversità culturale*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, 2021, pp. 1 ss.

²⁴ PAPA BENEDETTO XVI, Enciclica *Caritates in Veritate* in https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/it/encyclicals/documents/bf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html

responsabile: non un proprietario assoluto, ma un amministratore consapevole del Creato. Si sottolinea, inoltre, la necessità di una «conversione ecologica», collegando la crisi ambientale a una crisi spirituale più profonda²⁵.

Papa Francesco supera le logiche sullo sviluppo sostenibile e le iniziative ambientali spesso deboli dei governi di ogni Paese, conferendo un significato unico e profondo al concetto di conversione. Quest'ultima non si limita a un cambiamento intellettuale o retorico, ma implica una trasformazione del modo di agire e di pensare. Non è sufficiente cambiare mentalità per acquisire una maggiore conoscenza; è necessario modificare il proprio atteggiamento e il proprio *ethos*, ispirandosi a Cristo. Questa interpretazione pratica della conversione, la stessa di san Francesco, non è separabile dalla sua predicazione e chiarisce che ciò che è in gioco non è una conoscenza superiore, ma la vita stessa²⁶.

Il *tecno-diritto* emerge come una nuova forma di potere che, affiancandosi alla *tecno-economia*, si distingue per la sua aspirazione a superare i confini territoriali tradizionali del diritto politico-giuridico. La *tecno-economia*, con la sua espansione globale, ha riempito il vuoto lasciato dalla fine delle ideologie, imponendo una dinamica in cui tecnica ed economia guidano le trasformazioni sociali. Si invoca un ruolo attivo della politica per preservare il dominio del diritto e il destino umano in un contesto dominato dalla globalizzazione tecnologica ed economica²⁷. La prospettiva della *conversione ecologica* è stata accolta con particolare enfasi dal Sinodo dei Vescovi per l'Amazzonia, che ha evidenziato l'urgenza di affrontare la crisi socio-ambientale che minaccia non solo l'Amazzonia, ma l'intero pianeta. Questo territorio, fondamentale per l'equilibrio ecologico globale, è gravemente compromesso da modelli di sviluppo insostenibili fondati sull'estrattivismo, i quali generano profonde conseguenze negative tanto per l'ambiente quanto per le comunità indigene che lo

²⁵ C. LARRERE, *Quand l'écologie rencontre la religion*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 2020, pp. 189-204.

²⁶ F. ANELLI, *La natura come creazione e le responsabilità dell'uomo*, in *Vita e Pensiero*, 2016, p. 66.

²⁷ N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 19-20; pp. 25-30.

abitano²⁸. A tal proposito, il documento finale del Sinodo ha introdotto il concetto di *peccato ecologico*, conferendogli una dimensione autonoma rispetto agli altri peccati sociali, e sottolineando così la necessità di una nuova sensibilità morale e spirituale nei confronti della tutela del Creato²⁹.

Infine, il Pontefice nella *Laudato Si'* richiama le riflessioni di teologi latinoamericani, come Leonardo Boff, che hanno messo in evidenza il legame indissolubile tra giustizia sociale ed ecologica. Inoltre, sottolinea l'importanza dei popoli indigeni nella promozione di un'ecologia integrale, lodando i loro valori di comunità, responsabilità e amore per la terra, considerandoli una fonte di insegnamento per il mondo intero³⁰.

3. Protezione dell'ambiente e Costituzioni a confronto

La rinnovata sensibilità e attenzione nei confronti dell'ambiente è affiorata non solo nel dibattito politico, economico, sociale e religioso, ma ha trovato una spinta rilevante anche in quello giuridico.

L'ambiente, inteso come bene o valore protetto, non era, infatti, espressamente menzionato nella nostra Costituzione fino alla recente legge cost. 11 febbraio 2022 n. 1, adottata sulla scia di interventi simili apportati ad altre costituzioni sia europee che extraeuropee³¹. Attualmente, ben 140 Paesi dei 193 che fanno parte

²⁸ Cfr. *Sinodo dei Vescovi per la regione panamazzonica (2019a)*. *Instrumentum Laboris*, 17 giugno 2019, in <http://www.sinodoamazonico.va/content/sinodoamazonico/it/documenti/i-instrumentum-laboris-per-il-sinodo-sull-amazzonia.it>.

²⁹ Cfr. *Amazzonia: nuovi cammini per la Chiesa e per un'ecologia integrale. Documento finale*, 26 ottobre 2019: http://www.vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20191026_sinodoamazonia_it.

³⁰ A. MARTINS, *Laudato Si': integral ecology and preferential option for the poor*, in *J. Relig. Ethics*, vol. 46, 2018, pp. 412 ss. In linea con questa prospettiva, si è sviluppato il filone della teologia chiamata *environmental theology*, diffusa nelle università americane, che si sofferma sulla responsabilità dei cristiani come custodi della Creazione. E.A. JOHNSON, *Creation and the Cross. The mercy of God for a planet in peril*, Orbis Books, Ossing, 2018, pp. 20 ss. Al contrario, alcune Chiese Evangeliche negli Stati Uniti interpretano il dono divino della Natura come un oggetto della Creazione ideato da Dio per resistere ai cambiamenti, compresi quelli causati dai gas serra. Ad esempio, il pastore Albert Mohler Jr. afferma che il danno irreversibile sia raro o inesistente perché Dio ha dotato la Terra di meccanismi di autoprotezione. F.P. GUTIÉRREZ, *Evangelismo y catolicismo ante el creacionismo, la evolución y el cambio climático*, in *Cuadernos de Pensamiento Político*, 2018, pp. 120 ss.

³¹ In particolare, sono proprio i testi costituzionali, come osservato da O. KIRCHHEIMER, *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982, p. 33, ad assumere la prospettiva della durata quale carattere loro proprio e coesistente: «ogni Costituzione porta in sé una superba pretesa, per la quale essa si differenzia dalle altre disposizioni del potere statale: la pretesa della durata». Tuttavia, il riconoscimento della tutela della natura

dell'ONU hanno inserito la protezione ambientale nei testi delle loro Costituzioni. Anzi, tra questi, addirittura 86 hanno affermato esplicitamente il diritto in senso stretto “a un ambiente sano”³². Infatti, la tutela dell'ambiente è una sfida globale, poiché i danni climatici ed ecologici oltrepassano i confini degli Stati, influenzando interi ecosistemi³³. L'interconnessione di tali fenomeni è ben rappresentata dal c.d. *effetto farfalla*, reso celebre da Edward N. Lorenz con la domanda: «può il battito delle ali di una farfalla in Brasile scatenare un tornado in Texas?»³⁴.

Nella versione attuale della Costituzione italiana è stabilito all'art. 9 terzo comma che la Repubblica «tutela l'ambiente, la biodiversità, e gli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». Allo stesso modo la novella è intervenuta anche sull'art. 41 Cost., stabilendo che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all'ambiente, premettendo questi due limiti a quelli già vigenti ovvero la sicurezza, la libertà e la dignità umana, e modifica poi il terzo comma, riservando alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche ambientali³⁵.

L'articolo 41 Cost., dopo la novella, cita testualmente: «*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e*

è spesso operato in via giurisprudenziale: ad esempio, la Corte Suprema delle Filippine rileva che il diritto all'ambiente è parte del diritto naturale e dovrebbe essere riconosciuto indipendentemente dalla sua espressa adozione nella Costituzione. Soprattutto, avverte che “l'obbligo solenne” dello Stato di preservare la natura non è solo nei confronti della società attuale, ma anche delle generazioni future che altrimenti «non erediteranno altro che una terra arida e incapace di sostenere la vita». F. BENATTI, *ivi*, p. 534.

³² D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 123 ss.

³³ O. DILLING, T. MARKUS, *The Transnationalisation of environmental law*, in J. Environ. L., Oxford, 2018, p. 181.

³⁴ R.C. HILBORN, *Sea gulls, butterflies, and grasshoppers: A brief history of the butterfly effect in nonlinear dynamics*, in *Am. J. Phys.*, 2004, p. 425. A tal proposito, si pensi anche al recente fenomeno denominato *space debris re-entry pollution*, ossia al c.d. “inquinamento da ritorno” sul nostro Pianeta a causa delle attività umane nello spazio. ESA Space Debris Office, *Space Debris by the Numbers*; European Space Agency, 2023, in https://www.esa.int/Safety_Security/Space_Debris/Space_debris_by_the_numbers.

³⁵ F. CLEMENTI, *La riforma dell'art. 9 Cost. e l'Enciclica Laudato Si': tre prospettive comuni*, in Jus, 2023.

*coordinata a fini sociali e ambientali*³⁶. Dal confronto con i testi costituzionali di altri Paesi emerge chiaramente che solo nella riforma italiana si trova un sistema di bilanciamento degli interessi che include l'enunciazione dei diritti riconosciuti alla persona e le restrizioni all'iniziativa economica privata³⁷. La tutela dell'ambiente e della salute deve essere, comunque, bilanciata da altri diritti e libertà fondamentali come la tutela del lavoro e l'attività d'impresa³⁸. Dunque, il diritto italiano può ora vantare una costituzionalizzazione esplicita del diritto a un ambiente salubre e dell'interesse delle future generazioni alla tutela degli ecosistemi. Tuttavia, una parte della dottrina riteneva già da tempo di poter inserire il diritto soggettivo all'ambiente tra quelli della personalità, trattandosi di una categoria aperta e storicamente condizionata.³⁹ Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale aveva già consacrato il valore dell'ambiente mediante una interpretazione estensiva della tutela del paesaggio previsto dall'art. 9 Cost. e della tutela della salute prevista dall'art. 32 della Costituzione⁴⁰.

La giurisprudenza sembra aver recepito le modifiche ai principi fondamentali della Carta. Infatti, in una recente pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 104-*bis* co. 1-*bis*.1 delle Norme di attuazione del codice di procedura penale, introdotto dall'art. 6 d.l. n. 2/2023. La disposizione impugnata prevedeva che, in caso di sequestro preventivo di stabilimenti di interesse strategico nazionale, il giudice fosse obbligato ad autorizzare la

³⁶ Art. 9 Cost., in <http://www.senato.it>.

³⁷ G. ALPA, *ivi*, p. 364.

³⁸ La Corte costituzionale sul noto caso Ex Ilva s.p.a.: «*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro*». C. Cost., 19.11.2012 n. 264, in *Dejure*, 2013; e C. Cost. 58/2018 «*rimuovere prontamente i fattori di pericolo, in nome della vita, costituisce condizione minima e indispensabile affinché qualsiasi attività si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona*». C. Cost., 07.02.2018 n. 58, in *Riv. Giur. Amb.*, 2018. Non è certamente un crimine chiudere uno stabilimento industriale, sebbene in un'area il cui benessere economico è generato quasi esclusivamente da quella attività, qualora causi rilevanti danni e perdite, che impattano sostanzialmente in termini di costi per gli individui, le famiglie e le comunità. Cfr. P.A. DAVIES, *Green crime and victimization: tension between social and environmental justice*, in *Theor. Criminol.*, 2014, p. 308

³⁹ S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 1979, pp. 16 ss.

⁴⁰ C. Cost. 30.12.1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988; Cass. SS.UU., 6.10.1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979; Cass. civ. sez. III, 3.2.1998, n. 1087, in *Riv. Giur. Amb.*; Corte dei conti sez. I, 15.05.1973, n. 39, in *Foro amm.*, 1973.

prosecuzione dell'attività qualora, nell'ambito del procedimento amministrativo, fossero state adottate misure idonee a bilanciare le esigenze di continuità produttiva con la tutela della salute, dell'ambiente e degli altri beni giuridici eventualmente lesi. La Corte ha ritenuto che la disposizione censurata violasse gli artt. 9, 32 e 41 co. 2 Cost. – nella loro nuova formulazione - in quanto non prevede alcun limite temporale alla sua operatività, consentendo quindi che il meccanismo di autorizzazione governativa si protragga indefinitamente, a scapito della tutela della salute e dell'ambiente. Per rimediare a tale illegittimità, la Corte ha introdotto un termine massimo di 36 mesi, ispirandosi alla disciplina prevista dal c.d. decreto Ilva⁴¹.

La Costituzione spagnola garantisce il diritto di utilizzare un ambiente idoneo allo sviluppo della persona, così come il dovere di preservarlo, e affida ai poteri pubblici il compito di vegliare sulla razionale utilizzazione delle risorse, sulla protezione della qualità della vita, sulla difesa e ripristino dell'ambiente, «appoggiandosi alla indispensabile solidarietà collettiva» (art. 45). La legge svedese sul buon governo prevede lo sviluppo sostenibile per le generazioni future (art. 2) e il diritto d'accesso all'ambiente naturale (art. 15). In Bulgaria l'ambiente, che si propone essere sano e favorevole, è un valore collegato con il mantenimento e la diversità della fauna selvatica e con l'uso razionale delle risorse (artt. 15 e 55). Nella Costituzione Belga il diritto alla protezione di un ambiente sano è aggregato al diritto di «condurre una vita conforme alla dignità umana» (art. 23). Quella portoghese istituisce un diritto in capo a tutti di fruire di un ambiente di vita umano sano ed ecologicamente equilibrato, ma anche il dovere di difenderlo (art. 66)⁴².

Il diritto a un *healthy environment*⁴³ nella *common law* americana lega benessere collettivo e giustizia, con radici nella *Magna Carta* (1215) e nella *Forest Charter* (1217),

⁴¹ C. Cost. 105/2024.

⁴² G. ALPA, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contratto e impresa*, 2022, pp. 362-364.

⁴³ Si discute sulla forma lessicale più adatta da utilizzare tra *healthful environment* e *healthy environment*. Infatti, il primo si riferisce al diritto di ogni individuo a vivere in un ambiente che promuova la salute e il benessere. Questo comprende la protezione dall'esposizione a rischi ambientali nocivi per la salute, come l'inquinamento atmosferico, l'inquinamento dell'acqua, le sostanze chimiche pericolose e altre forme di degrado ambientale che possono causare danni alla salute umana. D'altra parte, il diritto a un *healthy environment* si riferisce al diritto di ogni individuo a un ambiente complessivamente sano e ben equilibrato.

ancora rilevanti per la Costituzione statunitense⁴⁴. Dalla seconda metà del XX secolo, sono stati avviati tentativi di riconoscere formalmente il diritto a un ambiente salubre nel testo della Costituzione federale degli Stati Uniti. Nel 1962, Rachel Carson propose invano un emendamento federale per proteggere salute umana e ambiente⁴⁵; nel 1968, Richard Ottinger avanzò un progetto simile per la Costituzione di New York, seguito da un disegno di legge al Senato federale, anch'esso respinto. In assenza di una disposizione esplicita, alcuni hanno tentato di ricondurre il diritto a un *healthy environment* nell'ambito della *Due Process Clause* e della *Equal Protection Clause* previste dal XIV Emendamento, ma tali tentativi non hanno avuto esito positivo. Dal 1970, diversi Stati federati hanno riconosciuto il diritto a un ambiente salubre nelle proprie costituzioni, a partire dall'Illinois: «*Each person has the right to a healthful environment*». Seguirono presto altri Stati, guidati da Pennsylvania nel 1971, Massachusetts e Montana nel 1972, e Hawaii nel 1978⁴⁶. Tuttavia, a livello federale, questa tutela rimane assente, nonostante sono sempre più numerosi i movimenti di cittadini e giuristi che richiedono l'introduzione di tale diritto⁴⁷. Ciò è probabilmente dovuto

Questo va oltre la sola salute umana e comprende anche la tutela degli ecosistemi, la conservazione delle risorse naturali, la biodiversità e la sostenibilità ambientale. In altre parole, il diritto a un *healthful environment* è specificamente focalizzato sulla salute umana, in chiave antropocentrica; mentre il diritto ad un *healthy environment* abbraccia una visione più ampia dell'equilibrio e della sostenibilità ambientale nel suo complesso, facendo riferimento ad una visione ecocentrica. R.S. ABATE, *Climate change and the voiceless. Protecting future generations, wildlife, and natural resources*, Cambridge U.P., New York, 2019, pp. 20-47.

⁴⁴ N.A. ROBINSON, *The Charter of the Forest: evolving human rights in nature*, in *Pace Environ. L. Rev.*, 2014, pp. 313-314.

⁴⁵ «*If the Bill of Rights contains no guarantee that a citizen shall be secure against lethal poisons distributed either by private individuals or by public officials, it is surely only because our forefathers, despite their considerable wisdom and foresight, could conceive of no such problems*». R. CARSON, *Silent Spring*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 1962, p. 15.

⁴⁶ J. R. MAY, *The case for environmental human rights: recognition, implementation and outcomes*, in *Cardozo L. Rev.*, 2021, pp. 988-999.

⁴⁷ Verso la fine del XIX secolo, il *conservation movement* iniziò a prendere piede negli Stati Uniti, guidato da figure come John Muir e Theodore Roosevelt. Questo movimento si concentrava sulla protezione delle terre selvagge e sulla creazione di parchi nazionali. Nel 1872, il primo parco nazionale degli Stati Uniti - il *Yellowstone National Park* - fu istituito con lo scopo di proteggere la sua bellezza naturale e le sue risorse; e da quel momento diventò celebre la frase di T. Roosevelt «*there is nothing so American as our national parks*». Durante gli anni '60 e '70, il movimento ambientale guadagnò slancio grazie a diverse questioni, tra cui la crescente preoccupazione per l'energia nucleare e l'opposizione alla guerra del Vietnam. In questo periodo, gruppi come Sierra Club e Greenpeace emersero come voci forti nella lotta per la protezione dell'ambiente, tanto che nel 1970 si celebrò il primo *Earth Day* con la partecipazione di più di 20 milioni di cittadini americani. Successivamente, i movimenti ambientali mutarono ancora per concentrarsi sulla sostenibilità e sulla lotta al cambiamento climatico. Solo negli anni 2000, i movimenti ambientali americani si concretizzano in un partito politico, il *Green Party*, fondato da Howie Hawkins e John Rensenbrink. Attualmente esso è il quarto partito politico americano per numero di elettori; nelle elezioni presidenziali del 2012 e del 2016 il *Green Party* si è presentato con un proprio candidato, Jill Stein, raggiungendo

anche ad una significativa difficoltà di modifica della Costituzione federale. Quest'ultima è tra le più rigide al mondo: il processo di revisione si suddivide in due fasi, proposta e ratifica, e coinvolge sia il governo federale sia gli Stati membri. Questa complessità nel procedimento costituzionale crea un divario profondo tra la costituzione formale e quella materiale, costantemente modellata dal diritto vivente delle Corti⁴⁸.

4. Le Diseguaglianze Sociali e la Tutela delle Generazioni Future

«Perché dovrei preoccuparmi per le generazioni future?
Cosa hanno fatto esse per me?».⁴⁹

Una conseguenza rilevante del fenomeno dei cambiamenti climatici, e più in generale dei danni ambientali, riguarda il fatto che i soggetti maggiormente colpiti sono, allo stesso tempo, anche i soggetti più vulnerabili. Infatti, i danni ambientali investono quelle che sono state definite la terza e la quarta tipologia di vittime: i *bystanders* innocenti e le generazioni future. I *bystanders* sono spesso individui socialmente svantaggiati: la loro esposizione diretta all'inquinamento è spesso dovuta alla mancanza di alternative, all'impossibilità di trovare abitazioni migliori o alla necessità di svolgere lavori pericolosi⁵⁰. Ad esempio, in USA le popolazioni BIPOC (comunità nere, indigene e di colore) sono le più esposte ai danni ambientali. Un esempio significativo riguarda la Louisiana Energy Service, che scelse un piccolo centro nella provincia di Claiborne Parish, Louisiana, per collocare una centrale di arricchimento dell'uranio, in base alla composizione demografica dell'area, abitata al 97% da popolazione nera nel raggio di un miglio. Questa comunità, soprannominata

rispettivamente l'1% e lo 0,36% dei voti totali. A.M.M. GIURDANELLA, *International environmental history and law*, in *J. Manage. P. P.*, vol. 23, 2022, pp 72-90.

⁴⁸ N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, in *Il Politico*, vol. 50, No. 2, 1985, pp. 348-352.

⁴⁹ La battuta, da Groucho Marx a Woody Allen, ha riscosso una discreta fortuna cinematografica. È di recente citata in un interessante scritto di M. ABRESCIA, *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in www.forumcostituzionale.it, 2007 che l'attribuisce a J. ADDISON, *The Spectator*, Vol. VIII, n. 583, 20 agosto 1714.

⁵⁰ C. PERROW, *Normal accidents, Living with high-risk technologies*, PUP, Princeton, 1999, p. 67.

Cancer Town, registra una probabilità di sviluppare patologie cancerogene superiore di 50 volte alla media nazionale⁵¹. Per affrontare e prevenire tali disuguaglianze, l'*Environmental Protection Agency* ha istituito, a partire dal 2022, l'*Office of Environmental Justice and External Civil Rights*⁵², sulla base degli studi sull'*environmental justice*, al cui interno possiamo distinguere: l'*ecofeminism*, che abbina la sensibilità verso il dominio e lo sfruttamento della natura a quelli perpetrati in danno alle donne; l'*environmental racism*, che puntualizza l'attenzione delle conseguenze degli illeciti ambientali a carico delle comunità etniche più svantaggiate; il *green-red movement* che si concentra sull'intersezione tra problemi ambientali e condizioni di lavoro, promuovendo la tutela dell'ambiente e dei lavoratori⁵³.

Inoltre, le conseguenze dei cambiamenti climatici si diffondono in misura diseguale anche tra le parti più ricche e più povere del pianeta, incidendo soprattutto su queste ultime. Infatti, il 10% più ricco della popolazione globale è responsabile di quasi la metà delle emissioni di gas serra, eppure il 79% delle persone colpite da eventi climatici estremi dal 1991 ad oggi, vive nei Paesi in via di sviluppo. L'Africa sta perdendo tra il 5 e il 15% della crescita annua del Pil pro capite a causa del cambiamento climatico, nonostante sia responsabile di meno del 4% delle emissioni sul piano globale⁵⁴. Le società transnazionali (MNCs) tendono spesso a trasferire le proprie attività in Paesi caratterizzati da minori costi di produzione (c.d. *forum shopping*), stabilendo filiali in Stati con una tutela insufficiente dei diritti umani e ambientali, sfruttando normative deboli, corruzione e povertà. Il loro enorme potere economico consente di negoziare su un piano di parità con gli Stati, in particolare quelli in via di sviluppo, accettando rischi più elevati e assumendosi responsabilità limitate⁵⁵. Queste imprese frammentano la produzione attraverso le cosiddette *supply*

⁵¹ R.D. BULLARD, *Introduction. The quest for environmental justice*, CouterPoint, New York, 2005, p. 7.

⁵² M. GRAHN-FARLEY, *The human rights claim in climate justice: an argument for reintroducing the principle of anti-discrimination and strengthening the anti-domination principle when children go to court*, in *J. Gender Race & Just.*, 2022, pp. 439-488.

⁵³ M.J. LYNCH, P.B. STRETESKY, *The meaning of green: contrasting criminological perspectives*, in R. WHITE, *Environmental crime. A reader*, Portland, 2009, p. 89.

⁵⁴ L. CHANCEL, *Global carbon inequality over 1990-2019*, in *Nature Sustainability*, 2022, p. 931 ss.

⁵⁵ M.R. ANDERSON, *Transnational corporations and environmental damage: is tort law the answer?*, in *Washburn L. J.*, vol. 41, 2002, pp. 406 ss.

chains, occultando le responsabilità dietro il *corporate veil*, specialmente nei settori dell'agricoltura, del commercio al dettaglio e dell'estrazione di risorse⁵⁶. Inoltre, le società madri (*holdings*), sebbene traggano vantaggi economici dalle attività delle proprie filiali, non sono generalmente ritenute responsabili delle violazioni ambientali commesse da queste ultime⁵⁷. Infine, un'analisi condotta dal Parlamento europeo mette in luce come i fenomeni climatici estremi acuiscano le disuguaglianze non solo tra Paesi, ma anche all'interno delle società. Ad esempio, tali eventi hanno un impatto particolarmente significativo sulle donne, che spesso si trovano a svolgere lavori più esposti ai rischi, come la raccolta dell'acqua, resa sempre più ardua dalla siccità; o sono esposte a rischi maggiori per la diffusione di malattie (specialmente le donne incinte), impossibilitate a coltivare cibo per la famiglia, e nelle crisi spesso vittime di violenze⁵⁸. A tal proposito, è importante sottolineare la conquista principale della COP27 tenutasi nel 2022 a Sharm El Sheikh, ossia l'istituzione del *Loss and Damage Fund*: si tratta di un meccanismo finanziario internazionale, rientrando nell'Accordo di Parigi e creato per fornire supporto finanziario ai Paesi in via di sviluppo che subiscono danni a causa degli impatti climatici, ma che non possono essere adeguatamente affrontati attraverso la mitigazione o l'adattamento. Ciò include eventi estremi come inondazioni, tempeste, siccità e innalzamento del livello del mare, che possono causare danni irreversibili alle comunità e all'ambiente. Il Fondo, che opera principalmente attraverso finanziamenti volontari da parte dei Paesi sviluppati ha come obiettivo la raccolta di almeno 100 miliardi di dollari all'anno entro il 2025⁵⁹. Reso operativo nel 2023 durante la COP28 di Dubai, è gestito temporaneamente dalla Banca Mondiale attraverso il *Financial Intermediary Framework* (FIF). Questa decisione ha sollevato preoccupazioni riguardo alla mancanza di indipendenza dall'UNFCCC, che era una condizione fortemente sostenuta dai Paesi in via di sviluppo. Un'ulteriore criticità emerge, poi, dalla volontarietà dei contributi, al momento insufficienti.

⁵⁶ F. ZECCHIN, *Sviluppo sostenibile delle catene di fornitura internazionale e diritti inviolabili*, in *Jus*, 2022, p. 400.

⁵⁷ G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 12.

⁵⁸ M. NEVITT, *Climate change and the specter of statelessness*, in *Geo. Int'l. Envtl. L. Rev.*, 2023, pp. 2-23.

⁵⁹ J.K. COGAN, *Contemporary practice of the United States relating to international law*, in *Am. J. Int'l. L.*, 2023, pp. 331-335.

Inoltre, la mancanza di disposizioni che prevedano la responsabilità o il risarcimento da parte dei Paesi sviluppati appare in contrasto con i principi del diritto internazionale dei diritti umani⁶⁰.

Anche l'enciclica *Laudato Si'* si sofferma sul tema delle disuguaglianze, richiamando alla responsabilità morale di proteggere l'ambiente e affermando che il degrado ambientale è strettamente connesso alle disuguaglianze sociali e al benessere dei più poveri, che rappresentano le prime vittime del degrado ambientale⁶¹. Papa Francesco sottolinea che i costi del degrado ambientale ricadranno sulle generazioni future, esortando a un cambiamento radicale negli stili di vita e nei modelli di produzione e consumo per evitare un pianeta devastato. Propone un approccio olistico che considera l'ambiente come «casa comune», da proteggere non solo per la sua bellezza intrinseca, ma soprattutto per il suo ruolo nell'equilibrio ecosistemico e nella sopravvivenza futura⁶². Invita inoltre all'adozione di politiche globali e locali per ridurre l'impatto umano, appellandosi a una «nuova solidarietà universale» tra le Nazioni⁶³.

5. In Cerca di Giustizia Climatica: lo Sviluppo della *Climate Change Litigation*

L'emergere di un diritto internazionale orientato alla tutela ambientale, volto a contrastare il riscaldamento globale e i cambiamenti climatici, ha preso forma grazie alla Commissione Brundtland, istituita nel 1983 dall'ONU e incaricata di formulare raccomandazioni politiche per promuovere uno sviluppo sostenibile, che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere i bisogni delle future generazioni. Nel 1987, la Commissione pubblicò il suo rapporto più influente, intitolato *Our Common Future*, che definì il concetto di sviluppo sostenibile e sottolineò l'importanza di

⁶⁰ CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, *Promoting Human Rights in Climate Action*, in *Report from the Dubai Climate Conference in COP28*, 2024, pp. 14-15.

⁶¹ C. GHISETTI, *Ambiente e povertà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, 2021, pp. 1 ss.

⁶² S. BERETTA, R. ZOBOLI, et al., *Che cosa ci chiede la Laudate Deum?*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa: Le cose nuove del XXI secolo*, 2023, pp. 1 ss.

⁶³ RAZZANO G., *La sfida della responsabilità ambientale nel sistema costituzionale alla luce dell'enciclica Laudato si'*, in *Federalismi.it*, No. 11, 2017, pp. 1-4; 63-65.

equilibrare la dimensione economica con quella sociale e ambientale⁶⁴. Da quel momento, si sono susseguite numerose fonti di diritto internazionale pattizio in materia di contrasto al cambiamento climatico, tra le quali, ricordiamo: la Convenzione Quadro delle Nazioni Unite firmata a New York (1992), il Protocollo di Kyoto (1997), l'Accordo di Copenaghen (2009), e da ultimo l'Accordo di Parigi sottoscritto il 12 dicembre 2015⁶⁵. Dopo la Convenzione Quadro di New York, il modello statunitense per la tutela dell'ambiente ha conosciuto una fase di declino. Sebbene nel 1997 il Presidente Clinton abbia firmato il Protocollo di Kyoto, il Senato, a maggioranza repubblicana, non ha mai proceduto alla sua ratifica⁶⁶. Successivamente, il 5 novembre 2020, il Presidente Trump ha formalizzato il recesso degli Stati Uniti dagli Accordi di Parigi, decisione che ha segnato una netta discontinuità rispetto alla precedente adesione voluta dall'amministrazione Obama⁶⁷. Tuttavia, il Presidente Biden, nel giorno del suo insediamento, ha firmato l'atto per il rientro degli Stati Uniti nel *Paris Agreement*⁶⁸. Di recente, il 20 gennaio 2025, il Presidente Trump, tornato in carica, ha emesso un ordine esecutivo per avviare nuovamente il processo di recesso dal Trattato⁶⁹. Secondo quanto riferito dalle Nazioni Unite, i Paesi attualmente aderenti e firmatari l'Accordo di Parigi sono 195, tra cui tutti gli Stati dell'Unione Europea, il Regno Unito, la Cina, l'India e il Giappone⁷⁰.

L'Accordo di Parigi vincola gli Stati firmatari all'adozione di misure volte a diminuire l'emissione di gas serra, responsabili del riscaldamento globale, e dunque di

⁶⁴ T. GROPPi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in DPCE, 2016, pp. 44-46.

⁶⁵ B. CONFORTI (a cura di M. IOVANE), *Diritto Internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 245.

⁶⁶ R.D. KELEMEN, D. VOGEL, *Trading places: the United States and European Union in international environmental politics*, in *Comp. Political Stud.*, 2010, p. 14.

⁶⁷ G. GRASSO, *Respectfully I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, in *CoSS*, 2022, p. 450; J. SARRA, *The Anthropocene in the time of Trump, financial markets, climate change risk, and vulnerability*, in *U. British Columbia L. Rev.*, vol. 51, 2018, pp. 1 ss.

⁶⁸ D. SOUTH, S. VANGALA, K. HUNG, *The Biden administration's approach to addressing climate change*, in *Fordham L. Rev.*, 2021, p. 12.

⁶⁹ M. BARAK, *Trump orders U.S. exit from the Paris Agreement on Climate*, in *The New York Times*, (20 gennaio 2025).

⁷⁰ M. BANKS, *The Paris Agreement: truth, obligations and "noble lies"*, in *Ethics Environ.*, vol. 26, 2021, p. 5.

contenere l'aumento della temperatura media globale di 1,5°C entro il 2050⁷¹. Tuttavia, tale Trattato non conferisce alcun diritto ai singoli cittadini, ma vincola i Paesi a raggiungere tali obiettivi. Di conseguenza, alcuni indirizzi giurisprudenziali e dottrinali hanno stabilito che la predisposizione di provvedimenti volti a contrastare i cambiamenti climatici rientra nella discrezionalità del legislatore e, pertanto, non costituisce una base sufficiente per l'emergere di diritti esigibili da parte dei cittadini nei confronti degli Stati, al fine di accertare la responsabilità di questi ultimi per l'inerzia o l'inefficacia delle politiche e delle misure di riduzione dell'inquinamento adottate⁷². Gli Stati possono, eventualmente, essere chiamati a rispondere del proprio inadempimento nei confronti degli altri Stati contraenti secondo le norme del diritto internazionale, oltre a essere politicamente responsabili, e quindi dover rendere conto ai propri elettori⁷³. Nonostante ciò, si stanno diffondendo orientamenti opposti, che ammettono una responsabilità risarcitoria degli Stati nei confronti dei cittadini in base ad un'interpretazione evolutiva dei principi in materia ambientale, quali quello della tutela dell'ambiente a favore delle future generazioni, del principio di prevenzione e precauzione. In altri termini, è emersa una nuova modalità di utilizzo della responsabilità civile, che ha contribuito alla creazione di nuovi diritti. Si tratta di un fenomeno di vera e propria "ingegneria giuridica": la giurisprudenza tende a creare nuove regole dirette ad applicare una disciplina più stringente in tema di cambiamento

⁷¹ Lunedì 3 luglio 2023 è stato il giorno più caldo mai registrato sulla Terra, secondo i dati diffusi dall'agenzia federale statunitense *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA). La temperatura media globale ha raggiunto i 62, 46 gradi Fahrenheit (17, 01 gradi Celsius), superando il record di agosto 2016 di 62, 46 F (16,92 gradi Celsius). Un dato senza precedenti che potrebbe essere sia conseguenza degli effetti del cambiamento climatico, sia dell'impatto del fenomeno meteorologico El Niño, che comporta un aumento delle temperature nelle zone sudoccidentali degli Stati Uniti, colpite da una cupola di calore. Il termometro ha raggiunto i 46°C a Phoenix, in Arizona, mentre nel sud del Texas le temperature sono salite fino ai 48°C. W. SKIPWORTH, *July 3: earth experiences hottest day in record*, in *Forbes*, 2023, pp. 3 ss.

⁷² «La questione dell'ambiente è complessa per le sue molteplici sfaccettature. Se l'inattività non pare una risposta oggi socialmente accettata e accettabile, vanno evitati gli eccessi che trasformano l'ambientalismo in una nuova religione. In tal prospettiva appare quindi più opportuna la soluzione politica, che dovrebbe essere capace di considerare pragmaticamente e in modo coordinato tutte le sfumature del problema. La giurisprudenza, invece, dovrebbe probabilmente limitarsi a risolvere questioni locali, dove si assiste ad un pregiudizio effettivo e concreto, senza improvvisarsi policy-maker. La storia insegna che le grandi vittorie giudiziarie sono spesso solo illusorie, mentre il vero mutamento nasce da piccole risposte mirate». F. BENATTI, *ivi*, p. 567.

⁷³ Gli obblighi assunti dall'Accordo sono di varia intensità, graduati da un sapiente ed accorto ricorso al termine *should* piuttosto che *shall* per sfumare la portata degli impegni. La filosofia di base è quella del *name and shame*, per cui il fatto di rendere pubblica l'inadempienza produrrebbe una perdita di reputazione sul piano internazionale e sul piano politico; e opererebbe perciò come deterrente nei confronti degli inadempienti.

climatico, anche in assenza di norme puntuali sul tema. Una parte della dottrina accoglie con favore questo impiego creativo della responsabilità civile e sostiene che il contenzioso è uno strumento importante per spingere i politici e gli *stakeholders* a sviluppare e implementare mezzi efficaci di mitigazione e contrasto al cambiamento climatico⁷⁴.

Secondo il rapporto prodotto dal Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (UNEP), nel 2017 erano state presentate 884 cause relative al cambiamento climatico in 24 Paesi, mentre il rapporto UNEP del 2023 indica che il numero dei casi è quasi triplicato, con più di 2 mila casi di cambiamento climatico registrati in 63 Paesi di tutto il mondo⁷⁵. Al 31 dicembre 2023 sono stati registrati 1522 casi giudiziari in USA, 127 in Australia, 79 in Regno Unito, 62 in Unione europea (di cui 6 in Italia), 30 in Brasile, 34 in Canada, con numeri crescenti anche in America Latina e Asia. Oltre alle cause instaurate nei tribunali nazionali, vi sono 12 casi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e 5 dinanzi alla Corte interamericana dei diritti umani⁷⁶. Tuttavia, il contenzioso climatico appare fortemente sbilanciato verso il *Global North*, fenomeno attribuibile a un avanzato sviluppo della scienza climatica e del diritto ambientale, a superiori risorse economiche e legali e a una maggiore consapevolezza pubblica. Tale squilibrio pone rilevanti problematiche di giustizia, poiché riproduce gerarchie coloniali, trascura le specifiche esigenze del *Global South* e solleva questioni di *accountability* degli attivisti del Nord rispetto alle comunità del Sud, con il rischio che vengano perseguiti interessi non perfettamente allineati. Come soluzione, un approccio intersezionale si propone di identificare le necessità dei gruppi più vulnerabili e smantellare le strutture di disuguaglianza, promuovendo politiche climatiche più inclusive⁷⁷. Inoltre, non possono essere ignorate le numerose

⁷⁴ F. SINDICO, *The world is open to climate change litigation. Proceedings of the annual meeting*, in *Am. Soc'y. Int'l L.*, 2020, pp. 83-85; F. SINDICO, M.M. MBENGUE (a cura di), *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects*, Springer Nature, Berlino, 2021.

⁷⁵ Notes, *The status of Climate Change. A global review*, in *Sabin Center for Climate Change, ONU Environment & Columbia Law School*, 2017, p. 21.

⁷⁶ M. BURGER, M.A. TIGRE, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & United Nations Environment Program, 2023, pp. 15-20.

⁷⁷ L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 411-424.

criticità cui gli attori devono far fronte nell'ambito della *climate change litigation*: dalla problematica relativa alla legittimazione processuale (c.d. *standing*), alla difficile prova del nesso causale, che implica la necessità di un dialogo tra scienza e diritto, senza il quale risulta impossibile l'identificazione del danno individuale come concretizzazione di un fenomeno generale⁷⁸. Infine, l'istituzione di un *climate duty of care* dovrebbe prevedere la definizione di un livello accettabile di emissioni per individuo. Senza questa specificazione, una rigorosa applicazione del principio potrebbe portare a esiti paradossali, in cui persino la vittima potrebbe essere ritenuta corresponsabile del danno, dal momento che la maggior parte della popolazione mondiale contribuisce alle emissioni⁷⁹. La responsabilità civile, tradizionalmente orientata alla compensazione del danno individuale, necessita di un'evoluzione verso uno strumento di rigenerazione sociale. Infatti, le azioni volte a tutelare i diritti *trans-soggettivi* non si concentrano sull'individuazione e sulla sanzione del singolo responsabile, ma puntano a interrompere il ciclo distruttivo generato dal danno climatico. Questo approccio comporta il superamento di alcuni concetti giuridici tradizionali, poiché la natura diffusa e incrementale del danno ambientale rende difficile stabilire un nesso causale diretto e la responsabilità scaturisce dalla partecipazione a un sistema collettivo di comportamenti dannosi⁸⁰.

Il *leading case* del contenzioso climatico è *Juliana v. United States*, una causa intentata nel 2015 da un gruppo di ventuno giovani americani contro il governo degli Stati Uniti. Gli attori - tutti minorenni rappresentati dall'organizzazione *non-profit Our Childrens' Trust* - avevano proposto l'azione anche a nome delle future generazioni, affermando che il governo federale avesse violato i loro diritti costituzionali provocando pericolose concentrazioni di anidride carbonica, e hanno sostenuto in particolare che le attività intraprese dallo Stato federale avessero violato il loro diritto

⁷⁸ Sulla base dell'*attribution science*, sappiamo che al momento non è possibile collegare scientificamente un singolo evento climatico estremo al fenomeno più ampio dei cambiamenti climatici. Infatti, il fenomeno del *global warming* e del *climate change* influenzano la frequenza e la probabilità del verificarsi di eventi climatici estremi. M. BURGER, J. WENTZ, R. HORTON, *The law and science of climate change attribution*, in *Colum. J. Env't'l L.*, vol. 45, 2020, p. 120.

⁷⁹ C.V. GIABARDO, *Climate change litigation and tort law. Regulation through litigation?*, in *Diritto e Processo*, 2019, p. 377.

⁸⁰ P. FEMIA, *Responsabilità civile e climate change litigation*, 2024.

alla vita, alla libertà e alla proprietà, venendo meno il dovere di gestire le risorse naturali affidate in *trust* allo Stato⁸¹. L'azione era volta ad ottenere l'accertamento in sede giudiziale delle violazioni dei loro diritti e un'ingiunzione nei confronti dello Stato per richiedere la preparazione di un piano di riduzione di CO₂. Nel 2016, la *District Court* dell'Oregon decise di accogliere il ricorso, argomentando che «*access to a clean environment was a fundamental right*»⁸². Tuttavia, nel gennaio 2020, la Corte d'Appello del IX Circuito invalidò la decisione di primo grado, sostenendo la mancanza di legittimazione ad agire degli attori. La Corte ha affermato che il problema del cambiamento climatico è troppo vasto e complesso per essere risolto tramite il sistema giudiziario e ha suggerito che il problema debba essere affrontato tramite il processo legislativo o amministrativo. Gli attori hanno impugnato la decisione della Corte d'Appello, tuttavia nel gennaio 2020 il ricorso è stato definitivamente rigettato⁸³.

Si osserva come anche in Europa siano state promosse numerose azioni a tutela del clima.

Il giudizio italiano più noto – a livello mediatico denominato *Giudizio Universale* – è stato avviato nel novembre 2019 da un gruppo di ricercatori e attivisti ambientali, tra cui il noto climatologo James E. Hansen, nei confronti dello Stato italiano per la sua presunta inadeguatezza nelle misure di contrasto al cambiamento climatico. Gli attori chiedevano l'accertamento della responsabilità dello Stato *ex art. 2043 c.c.* (o, in via subordinata, *ex art. 2051 c.c.*) per aver concorso a produrre e non aver rimosso la situazione di pericolo rappresentata dall'emergenza climatica, e chiedevano la conseguente condanna dello Stato, *ex art. 2058 co. 1 c.c.*, all'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni artificiali di CO₂ nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990⁸⁴. In assenza, all'epoca dell'instaurazione della causa, di un

⁸¹ Il tema ha tratto anche l'attenzione del mondo cinematografico, ad esempio un ritratto è stato fatto nel documentario Netflix dal titolo “*Youth v. Gov: giustizia per il clima*”.

⁸² R.M. PEMBERTON, M.C. BLUMM, *Emerging best practices in international atmospheric trust case law*, in *Utah L. Rev.*, 2022, pp. 947 ss.

⁸³ W. MONTGOMERY, *Juliana v. United States: the ninth circuit's opening salvo for a new era of climate litigation*, in *T. Environ. L. J.*, vol. 34, 2021, pp. 46 ss.

⁸⁴ I. BRUNO, *La causa “Giudizio Universale”. Quattro test costituzionali sui poteri del giudice adito*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 28.

diritto costituzionale all'ambiente, gli attori hanno fatto riferimento, da un lato, all'obbligo di rispettare i diritti sanciti dalla CEDU in base agli artt. 10, 11 e 117 co. 1 Cost. e, dall'altro, all'esistenza di un "obbligo di intervento statale" a protezione dei diritti fondamentali scaturente dal principio solidaristico di cui agli artt. 2 e 3 co. 2 Cost.⁸⁵. Il Tribunale romano ha dichiarato inammissibili le domande proposte dagli attori per difetto assoluto di giurisdizione. Infatti, il provvedimento giurisdizionale di rigetto ha osservato che gli attori hanno chiesto un «accertamento della correttezza e/o legittimità di una serie di provvedimenti emanati dal legislatore e dal governo – finalizzati al raggiungimento degli obiettivi individuati a livello europeo e internazionale – che nel loro complesso sono espressione della politica nazionale in materia di lotta al cambiamento climatico»⁸⁶. Queste pronunce giurisprudenziali richiamano i concetti weberiani di prevedibilità e calcolabilità dei processi di creazione e applicazione delle norme al fine di consentirne un controllo razionale (*diritto formalmente razionale*)⁸⁷. Al contrario, nel diritto irrazionale, queste caratteristiche sono limitate o assenti: *diritto materialmente irrazionale* (decisioni basate su valutazioni etiche o affettive), *diritto formalmente irrazionale* (fondato sull'autorità di profeti o giudizi divini), *diritto materialmente razionale* (prevedibile, ma influenzato da norme non strettamente giuridiche, come nel *common law*)⁸⁸.

Tuttavia, accanto ai fallimenti, si riscontrano numerosi casi conclusi con un esito positivo. La causa del 2015 avviata dalla Fondazione *Urgenda* contro lo Stato olandese accusava il governo di non rispettare il dovere di diligenza verso i cittadini, chiedendo una maggiore riduzione dei gas serra. Basata sull'art. 162 del Codice civile e sull'art. 21 della Costituzione olandese, sosteneva che l'obiettivo di mitigazione fosse insufficiente secondo l'IPCC. La Corte Suprema olandese, il 20 dicembre 2019, ordinò al governo di aumentare del 25% l'obiettivo di mitigazione entro il 2020, respingendo le obiezioni di inammissibilità fondate sulla separazione dei poteri e sulla

⁸⁵ G. CAMPEGGIO, *La causa "Giudizio Universale" e il problema della verità*, in *Diritti Comparati*, Milano, 2022, pp. 1-7.

⁸⁶ C.M. MASIERI, *La causa "Giudizio Universale" e il destino della climate change litigation*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, pp. 314; 316.

⁸⁷ IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 44-50.

⁸⁸ M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. di P. ROSSI et al., I-V, Comunità, Milano, 1981, p. 161.

minima rilevanza delle emissioni olandesi⁸⁹. Nel 2020, la Corte Suprema irlandese nella causa intrapresa da *Friends of the Irish Environment* ha stabilito che il piano di mitigazione del governo non era sufficientemente dettagliato per garantire la transizione verso un'economia sostenibile e resiliente entro il 2050, come richiesto dal Climate Act del 2015⁹⁰. Il 3 febbraio 2021, il Tribunale amministrativo di Parigi - nel giudizio denominato l'*Affaire du Siècle* - ha dichiarato lo Stato francese responsabile per il suo contributo alla crisi climatica, sottolineando l'insufficienza delle sue azioni nel ridurre le emissioni di gas serra⁹¹. Il 29 aprile 2021, il *Bundesverfassungsgericht* tedesco ha dichiarato che la legge sul clima (*Klimaschutzgesetz*) era insufficiente a proteggere i diritti fondamentali e le generazioni future dai rischi climatici⁹².

Benché tali decisioni potrebbero rappresentare un modello anche per il nostro ordinamento, si segnala come manchi in Italia, a differenza di altri paesi europei, una legge sul clima, ovvero di una normativa che stabilisca gli obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni e individui gli strumenti per raggiungerli. Questa lacuna, si traduce nell'impossibilità tecnico-giuridica di sindacare la legittimità di tali decisioni nella sede che, stante la rilevanza delle questioni coinvolte, sarebbe più consona: quella del giudizio costituzionale. D'altra parte, va però evidenziato che, secondo un recente studio, gli italiani sono primi al mondo, insieme ai britannici, per

⁸⁹ I. ALOGNA, C. BAKKER, J. GAUCI, *Climate change litigation: global perspectives*, Brill Academic Publishers, Leiden, 2021, p. 120. Tuttavia, il 12 novembre 2024, la Corte d'Appello olandese ha annullato la sentenza del Tribunale dell'Aia del 26 maggio 2021 che obbligava la compagnia petrolifera Shell a ridurre del 45% le sue emissioni di CO₂ entro il 2030 rispetto ai livelli del 2019. La Corte ha stabilito che Shell ha il diritto di stabilire autonomamente i propri obiettivi di riduzione delle emissioni, ritenendo che l'obbligo del 45% non fosse applicabile a tutte le imprese e i settori in modo uniforme. Ciononostante, la Corte ha confermato l'esistenza di un dovere di diligenza non scritto previsto dal diritto privato olandese, secondo cui le imprese devono contribuire alla mitigazione del cambiamento climatico riducendo le proprie emissioni. EASTWOOD S., GOODMAN A., et al., *Milieudefensie v Shell: Dutch appeals court overturns ruling that Shell must reduce its CO2 emissions by 45%*, 2024, in *Mayerbrown.com*.

⁹⁰ R.O' GORMAN, *Climate law in Ireland: EU and national dimensions*, in D. ROBBINS, D. TORNEY, P. BRERETON, *Ireland and the climate crisis*, Palgrave Macmillan, Londra, 2020, pp. 73 ss.

⁹¹ E. MASCHIETTO, *Le associazioni ambientaliste vincono in Francia sul cambiamento climatico. Riconosciuto il danno morale ma non il préjudice écologique*, in *Riv. Giur. Amb.*, Milano, 2021, pp. 2-5.; P. BERTOLINI, *Cambiamenti climatici, contenzioso e tutela dei diritti umani: più presente che futuro*, in *Riv. Giur. Amb.*, Milano, 2020, pp. 1 ss.

⁹² A. DE PETRIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERDAP*, 2021, pp. 128 ss.; F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw J.*, vol. 2, 2022, p. 171.

livello di consapevolezza climatica; il che può forse fare sperare in un maggiore attivismo climatico da parte delle istituzioni politiche italiane nei prossimi anni⁹³.

6. Conclusioni

La custodia del Creato e la giustizia ambientale rappresentano un punto di incontro fondamentale tra la teologia e il diritto. Da un lato, la teologia, in particolare attraverso l'enciclica *Laudato Si'*, richiama alla responsabilità morale dell'essere umano verso il Creato, sottolineando l'importanza di preservare l'ambiente non solo come risorsa, ma come dono divino che deve essere trasmesso intatto alle generazioni future. La conversione ecologica, promossa dalla dottrina sociale della Chiesa, non si limita a un imperativo spirituale, ma è volta a una sua concreta realizzazione nel formante legislativo e in quello giurisprudenziale che regolano la sostenibilità e il rispetto per la natura⁹⁴. Così, la giustizia ambientale si pone come un ponte tra l'imperativo morale delle religioni e il rigore delle norme giuridiche, garantendo una protezione effettiva e duratura dell'ambiente. In questo contesto, la cooperazione internazionale, promossa da organizzazioni come l'ONU, l'UE, la Banca Mondiale, l'OCSE, favorisce la diffusione e la condivisione dei modelli giuridici in campo ambientale⁹⁵. Infatti, la *climate change litigation* è uno strumento importante per perseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 dell'ONU, un piano d'azione globale con diciassette *Sustainable Development Goals* per affrontare sfide come povertà, accesso all'energia, giustizia sociale, uguaglianza di genere e contrasto al cambiamento climatico⁹⁶. Inoltre, l'esistenza di reti ambientali specifiche, come l'*International Council*

⁹³ F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *Riv. Giur. Amb.*, Milano, 2022, p. 1110.

⁹⁴ Ogni governo, quindi, deve adempiere al «proprio e non delegabile dovere di preservare l'ambiente e le risorse naturali del proprio Paese, senza rendersi a ambigui interessi locali o internazionali». PAPA FRANCESCO, *Laudato Si'*, op. cit., p. 38.

⁹⁵ «The question whether law can be transferred from one place to another turns out to be a question of the highest importance, whether these actors are interested in political reform, economic growth, social progress, or less beneficial ends. Unsurprisingly institutions like the World Bank now take an interest in the literature on legal transplants and the topic is featured regularly in the study of economic growth and political change, as every student of law and development knows». M. GRAZIADEI, *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge*, in *Theor. Inq. Law*, 2009, p. 723.

⁹⁶ J. SETZER, C. HIGHAM, *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot*, Sabin Center for Climate Change Law (Columbia Law School), 2022, pp. 12-15; Note, *A human rights approach to energy: realizing the rights of billions within ecological limits*, in *Rev. Eur. Comp. Int. Environ. L.*, vol. 31, 2022, pp. 16-26.

of Local Environmental Initiatives, o le varie reti di organizzazioni non governative (ONG) ambientali come *Friends of the Earth*, lo *European Environmental Bureau*, il *World Life Fund* e *Greenpeace*, contribuiscono a diffondere idee, approcci e pratiche, e possono portare - oltre che ad un mutamento di percezione in ordine alle problematiche ambientali - anche all'adozione di nuove norme, così come di nuove iniziative giudiziarie.⁹⁷ Una maggiore comprensione dei fenomeni dei *legal transplants* in settori portatori di problematiche considerate omologhe nelle diverse parti del mondo, potrebbe convincere istituzioni nazionali e internazionali che alcuni obiettivi di riforma possano essere più facilmente raggiunti attraverso l'acquisizione di modelli giuridici già collaudati in altri contesti sociali ed economici⁹⁸. Ad esempio, dalle opinioni raccolte sui movimenti ambientalisti come *Fridays For Future*, emerge che il 60,8% degli intervistati riconosce il valore del movimento per il suo ruolo nel sensibilizzare l'opinione pubblica⁹⁹. Questa testimonianza dell'attivismo giovanile evidenzia un parallelismo con la dottrina sociale della Chiesa, che invita a un impegno collettivo e individuale per preservare l'ambiente. Infatti, una presa di coscienza dei problemi attuali necessita di cittadini consapevoli e partecipi delle principali questioni sociali. Tale risultato può essere raggiunto solo attraverso la diffusione della cultura, che deve avvenire educando i giovani a prendersi cura dell'ambiente per tutelare, *in primis*, se stessi. Ecco, quindi, che «la conversione ecologica, la scelta di un altro stile di vita è educazione, un'opera aperta a cui siamo chiamati, in modo consapevole ed intenzionale, lungo tutto l'arco dell'esistenza. Educare è un'alleanza tra l'umanità e l'ambiente»¹⁰⁰.

⁹⁷ B. POZZO, *Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione*, in *Studi in Onore di Antonio Gambaro. Un giurista di successo*, Giuffrè, Milano, 2017, p.

⁹⁸ B. POZZO, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Riv. Giuri. Amb.*, 2021, p. 274.

⁹⁹ F. INTROINI, C. PASQUALINI, *La preoccupazione per il riscaldamento globale e la mobilitazione dei Fridays for future*, in ISTITUTO GIUSEPPE TONIOLO, *La condizione giovanile in Italia. Rapporto Giovani 2023*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 123-154.

¹⁰⁰ P. MALAVASI, *Ecologia integrale, educazione!*, in C. GIULIODORI, P. MALAVASI, *Ecologia integrale. Landato si'. Ricerca, formazione, conversione, Vita e Pensiero*, Milano, 2016, p. 31.

Bibliografia

- ABATE R.S., *Climate change and the voiceless. Protecting future generations, wildlife, and natural resources*, Cambridge U.P., New York, 2019.
- ABRESCIA M., *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in www.forumcostituzionale.it, 2007.
- ALOGNA I., BAKKER C., GAUCI J., *Climate change litigation: global perspectives*, Brill Academic Publishers, Leiden, 2021.
- ALPA G., *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contratto e impresa*, 2022.
- ALUFFI R., *Comunità umane solidali e inclusive. Il punto di vista islamico sugli obiettivi 4, 10, 11 e 16 dell'Agenda Onu 2030*, in L. BATTAGLINI, I. ZUANAZZI, *Religioni e sviluppo sostenibile*, Accademia U.P., 2021.
- AMIRANTE D., *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- ANDERSON M.R., *Transnational corporations and environmental damage: is tort law the answer?*, in *Washburn L. J.*, vol. 41, 2002.
- ANELLI F., *La natura come creazione e le responsabilità dell'uomo*, in *Vita e Pensiero*, 2016.
- BANKS M., *The Paris Agreement: truth, obligations and "noble lies"*, in *Ethics Environ.*, vol. 26, 2021.
- BARAK M., *Trump orders U.S. exit from the Paris Agreement on Climate*, in *The New York Times*, 20 gennaio 2025.
- BARDELLI D., *Storia dell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Temi, questioni, protagonisti. 1914-1921*, vol. VII, *Vita e Pensiero*, Milano, 2017.
- BENATTI F., *Prospettive sul contenzioso climatico*, in *Riv. dir. priv.*, 2023.
- BERETTA S., ZOBOLI R., *et al.*, *Che cosa ci chiede la Laudate Deum?*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, 2023.
- BERTOLINI P., *Cambiamenti climatici, contenzioso e tutela dei diritti umani: più presente che futuro*, in *Riv. Giur. Amb.*, Milano, 2020.
- BONDIOLI P., *Pensieri religiosi di Vico Necchi*, V ed., Vita e Pensiero, Milano, 2023.
- BRUNO I., *La causa "Giudizio Universale". Quattro test costituzionali sui poteri del giudice adito*, in *Federalismi.it*, 2022.

- BULLARD R.D., *Introduction. The quest for environmental justice*, CounterPoint, New York, 2005.
- BURGER M., TIGRE M.A., *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & United Nations Environment Program, 2023.
- BURGER M., WENTZ J., HORTON R., *The law and science of climate change attribution*, in *Colum. J. Env't'l. L.*, vol. 45, 2020.
- CAMPEGGIO G., *La causa "Giudizio Universale" e il problema della verità*, in *Diritti Comparati*, Milano, 2022.
- CAPOGRASSI G., *La vita etica*, a cura di F. MERCADANTE, Bompiani, 2008.
- CARELLA G., *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022.
- CARRUTHERS J., *Africa: histories, ecologies and societies*, in *Environ. Hist. Camb.*, vol. 10, No. 4, 2004.
- CARSOL R., *Silent Spring*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 1962.
- CASELLA A., *Popolazioni indigene, tutela dell'ambiente e diversità culturale*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, 2021.
- CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000.
- CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, *Promoting Human Rights in Climate Action*, in *Report from the Dubai Climate Conference in COP28*, 2024.
- CEVASCO P., *Diritto di natura: la cittadinanza umano-divina*, in *Riv. Filosofia neo-scol.*, vol. 103, 2011.
- CHANCEL L., *Global carbon inequality over 1990-2019*, in *Nature Sustainability*, 2022.
- CLEMENTI F., *La riforma dell'art. 9 Cost. e l'Enciclica Laudato Si': tre prospettive comuni*, in *Jus*, 2023.
- COGAN J.K., *Contemporary practice of the United States relating to international law*, in *Am. J. Int'l. L.*, 2023.
- CONFORTI B. (a cura di IOVANE M.), *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

CRUTZEN P.J., *A pioneer on atmospheric chemistry and climate change in the Anthropocene*, Springer, Berlino, 2016.

DAVIES P.A., *Green crime and victimization: tension between social and environmental justice*, in *Theor. Criminol.*, 2014.

DE PETRIS A., *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERDAP*, 2021.

DILLING O., MARKUS T., *The Transnationalisation of environmental law*, in *J. Environ. L.*, Oxford, 2018.

EASTWOOD S., GOODMAN A., *et al.*, *Milieudefensie v Shell: Dutch appeals court overturns ruling that Shell must reduce its CO2 emissions by 45%*, 2024, in *Mayerbrown.com*.

ELDER J., *Spirit and Nature: why environment is a religious issue*, Beacon Press, Boston, 1992.

ESA SPACE DEBRIS OFFICE, *Space Debris by the Numbers*, *European Space Agency*, 2023, in *esa.int*.

FEMIA P., *Responsabilità civile e climate change litigation*, 2024.

FERRARI S., *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, Il Mulino, Bologna, 2008.

GALIMBERTI U., *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 2008.

GALLARATI F., *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw J.*, vol. 2, 2022.

GALLARATI F., *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *Riv. Giur. Amb.*, Milano, 2022.

GHISETTI C., *Ambiente e povertà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, 2021.

GHOSH R., MILLER J.H., *Thinking literature across Continents*, Duke U.P., Durham, 2016.

GIABARDO C.V., *Climate change litigation and tort law. Regulation through litigation?*, in *Diritto e Processo*, 2019.

GIULIANI E., *Natura oppure Creazione? Per una lettura cristiana della questione ecologica*, in *Divus Thomas*, vol. 126, No. 3, 2023.

GIURDANELLA A.M.M., *International environmental history and law*, in *J. Manage. P. P.*, vol. 23, 2022.

- GORMAN R.O'., *Climate law in Ireland: EU and national dimensions*, in D. ROBBINS, D. TORNEY, P. BRERETON, *Ireland and the climate crisis*, Palgrave Macmillan, Londra, 2020.
- GOTTLIEB R.S., *A Greener Faith: religious environmentalism and our planet's future*, Oxford U.P. USA, New York, 2009.
- GRAHN-FARLEY M., *The human rights claim in climate justice: an argument for reintroducing the principle of anti-discrimination and strengthening the anti-domination principle when children go to court*, in *J. Gender Race & Just.*, 2022.
- GRASSO G., *Respectfully I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, in *CoSS*, 2022.
- GRAZIADEI M., *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge*, in *Theor. Inq. Law*, 2009.
- GROPPI T., *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 2016.
- GUARDINI R., *Lettere dal Lago di Como, La tecnica e l'uomo*, V ed., Morcelliana, Brescia, 2022.
- GUTIÉRREZ F.P., *Evangelismo y catolicismo ante el creacionismo, la evolución y el cambio climático*, in *Cuadernos de Pensamiento Político*, 2018.
- HILBORN R.C., *Sea gulls, butterflies, and grasshoppers: A brief history of the butterfly effect in nonlinear dynamics*, in *Am. J. Phys.*, 2004.
- HITTINGER R., *The first grace: rediscovering the natural law in a post-Christian world*, ISI Books, Wilmington, 2003.
- INTROINI F., PASQUALINI C., *La preoccupazione per il riscaldamento globale e la mobilitazione dei Fridays for future*, in ISTITUTO GIUSEPPE TONIOLO, *La condizione giovanile in Italia. Rapporto Giovani 2023*, Il Mulino, Bologna, 2023.
- IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007.
- IRTI N., *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.
- JOHNSON E.A., *Creation and the Cross. The mercy of God for a planet in peril*, Orbis Books, Ossing, 2018.
- KELEMEN R.D., VOGEL D., *Trading places: the United States and European Union in international environmental politics*, in *Comp. Political Stud.*, 2010.

- KIRCHHEIMER O., *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Bari, 1982.
- LARRERE C., *Quand l'écologie rencontre la religion*, in *Archives de sciences sociales des religions*, 2020.
- LUTHER J., *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente: profili tedeschi ed italiani*, in *Politica del diritto*, 1989.
- LYNCH M.J., STRETESKY P.B., *The meaning of green: contrasting criminological perspectives*, in WHITE R. (a cura di), *Environmental crime. A reader*, Portland, 2009.
- MALAVASI P., *Ecologia integrale, educazione!*, in GIULIODORI C., MALAVASI P., *Ecologia integrale. Laudato si'. Ricerca, formazione, conversione*, Vita e Pensiero, Milano, 2016.
- MARTINS A., *Laudato Si': integral ecology and preferential option for the poor*, in *J. Relig. Ethics.*, vol. 46, 2018.
- MASCHIETTO E., *Le associazioni ambientaliste vincono in Francia sul cambiamento climatico. Riconosciuto il danno morale ma non il préjudice écologique*, in *Riv. Giur. Amb.*, Milano, 2021.
- MASIERI C.M., *La causa "Giudizio Universale" e il destino della climate change litigation*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024.
- MAY J.R., *The case for environmental human rights: recognition, implementation and outcomes*, in *Cardozo L. Rev.*, 2021.
- MAZZOLA M.A., *I nuovi danni*, CEDAM, Padova, 2008.
- MONTGOMERY W., *Juliana v. United States: the ninth circuit's opening salvo for a new era of climate litigation*, in *T. Environ. L. J.*, vol. 34, 2021.
- MOORE J.W., *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, Ombre Corte, Verona, 2017.
- NEUSNER J., SONN T., *Comparare le religioni attraverso il diritto: islam e ebraismo*, in *Daimon*, vol. 1, 2001.
- NEVITT M., *Climate change and the specter of statelessness*, in *Geo. Int'l. Envtl. L. Rev.*, 2023.
- Notes, *The status of Climate Change. A global review*, in *Sabin Center for Climate Change, ONU Environment & Columbia Law School*, 2017.
- OLIVETTI RASON N., *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, in *Il Politico*, vol. 50, No. 2, 1985.
- PAPA FRANCESCO, *Laudato Si'*, Libreria Editrice Vaticana, 2015.

- PATTI S., *La tutela civile dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 1979.
- PEMBERTON R.M., BLUMM M.C., *Emerging best practices in international atmospheric trust case law*, in *Utah L. Rev.*, 2022.
- PERROW C., *Normal accidents, Living with high-risk technologies*, PUP, Princeton, 1999.
- POZZO B., *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2021.
- POZZO B., *Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione*, in *Studi in Onore di Antonio Gambaro. Un giurista di successo*, Giuffrè, Milano, 2017.
- RAZZANO G., *La sfida della responsabilità ambientale nel sistema costituzionale alla luce dell'enciclica Laudato si'*, in *Federalismi.it*, No. 11, 2017.
- ROBINSON N.A., *The Charter of the Forest: evolving human rights in nature*, in *Pace Environ. L. Rev.*, 2014.
- RUOZZI E., *La Lettera Enciclica Laudato Si': dal diritto dell'individuo ad un ambiente sano al dovere di protezione del bene comune*, in *OIDU*, 2016.
- SARRAH J., *The Anthropocene in the time of Trump, financial markets, climate change risk, and vulnerability*, in *U. British Columbia L. Rev.*, vol. 51, 2018.
- SERAFINELLI L., *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, Giappichelli, Torino, 2024.
- SETZER J., HIGHAM C., *Global trends in climate change litigation: 2022 snapshot*, Sabin Center for Climate Change Law (Columbia Law School), 2022.
- SINDICO F., *The world is open to climate change litigation. Proceedings of the annual meeting*, in *Am. Soc'y. Int'l. L.*, 2020.
- Sinodo dei Vescovi per la regione panamazzonica, Instrumentum Laboris*, 17 giugno 2019, in *sinodoamazonico.va*.
- SKIPWORTH W., *July 3: earth experiences hottest day in record*, in *Forbes*, 2023.
- SOUTH D., VANGALA S., HUNG K., *The Biden administration's approach to addressing climate change*, in *Fordham L. Rev.*, 2021.
- Vaticano, Amazzonia: nuovi cammini per la Chiesa e per un'ecologia integrale. Documento finale*, 26 ottobre 2019, in *vatican.va*.
- VOEGELIN E., *History of political ideas*, in *The collected works of E. Voegelin*, vol. 20, 1997.
- WEBER M., *Economia e società*, trad. it. di P. ROSSI, et al., I-V, Comunità, Milano, 1981.

WHITE JR. L., *The historical roots of our ecologic crisis*, in *Science*, vol. 155, 1967.

WITOSZEK N., BRENNAN A., *Philosophical dialogues: Arne Naess and the progress of ecophilosophy*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999.

ZECCHIN F., *Sviluppo sostenibile delle catene di fornitura internazionale e diritti inviolabili*, in *Jus*, 2022.

GLI ACCOMODAMENTI RAGIONEVOLI TRA GLI STRUMENTI DI TUTELA DELLA DISABILITA'

Francesca Limena¹

Università di Padova

DOI: <https://doi.org/10.62140/FL492025>

Sommario: 1. Introduzione; 2. La conservazione del posto di lavoro, la sopravvenuta inidoneità; 3. L'obbligo di parità di trattamento e gli accomodamenti ragionevoli; 4. La nozione di accomodamento ragionevole e i suoi contenuti nel diritto vivente; 5. Le novità normative; 6. Conclusioni.

Abstract: Questo contributo approfondisce il tema degli accomodamenti ragionevoli, offrendo una panoramica sugli obblighi normativi e le implicazioni pratiche, incluse le potenzialità positive per le aziende, attraverso un'analisi che getta luce su un tema di crescente rilevanza nel mondo del lavoro contemporaneo. Si evidenzia così che gli accomodamenti ragionevoli sono modifiche e adattamenti necessari per garantire la piena uguaglianza e partecipazione dei lavoratori con disabilità, come previsto dalla normativa europea e dalla Convenzione ONU, dove la valutazione della ragionevolezza degli accomodamenti richiesti deve tenere conto delle specifiche esigenze del lavoratore e delle capacità organizzative ed economiche del datore di lavoro. Uno sguardo poi va alla giurisprudenza, che sta abbracciando

¹ Ricercatrice T.I in diritto del lavoro, Università di Padova. E-mail: francesca.limena@unipd.it; <https://orcid.org/0000-0002-3006-7287>.

un'interpretazione sempre più ampia dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli, anche prima di procedere a licenziamenti per inidoneità sopravvenuta. Il contributo infine accenna al recente D.Lgs. 62/2024, che – tra le varie novità - ha introdotto una definizione legale degli accomodamenti e un procedimento per la loro richiesta, rafforzando ulteriormente le tutele.

Parole-chiave: disabilità; parità di trattamento; accomodamenti ragionevoli.

Abstract: This contribution delves into the topic of reasonable accommodations, providing an overview of regulatory obligations and practical implications, including the potential benefits for businesses, through an analysis that sheds light on an increasingly relevant issue in the contemporary labor market. It highlights that reasonable accommodations consist of necessary modifications and adjustments to ensure full equality and participation of workers with disabilities, as required by European regulations and the UN Convention. The assessment of the reasonableness of requested accommodations must consider the specific needs of the worker as well as the organizational and economic capacity of the employer. The analysis also examines case law, which is progressively embracing a broader interpretation of the employer's duty to seek reasonable solutions, even before proceeding with dismissals due to supervening unfitness. Finally, the contribution touches on the recent Legislative Decree No. 62/2024, which—among various innovations—introduced a legal definition of accommodations and a procedure for requesting them, further strengthening protections.

Keywords: disability; equal treatment; reasonable accommodations.

1. Introduzione

In questo intervento affronterò il tema degli accomodamenti ragionevoli, partendo dal più ampio contesto da cui essi originano: la vulnerabilità, legata soprattutto alla disabilità, nel contesto lavorativo, un argomento di cruciale importanza sia in Italia che in Brasile, due paesi che, pur con le loro differenze, condividono l'obiettivo di tutelare i lavoratori disabili, e quindi vulnerabili,

promuovendo l'inclusione nel mondo del lavoro. Dal punto di vista normativo, sia l'Italia che il Brasile hanno implementato leggi significative in questo ambito. Per citare le più rilevanti, in Italia, abbiamo la L. n. 68/1999, sul collocamento mirato e il D.Lgs. 216/2003, che attua la direttiva europea 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione. Anche in Brasile, la Legge Brasiliana per l'Inclusione delle persone con disabilità² del 2015, ha rafforzato i diritti dei lavoratori con disabilità.

Il termine vulnerabile deriva dal latino *vulnerabilis* e indica una persona che può essere facilmente ferita, attaccata, lesa o danneggiata e, pertanto, la condizione di vulnerabilità implica il poter essere potenzialmente esposto ad un rischio.

Secondo la dottrina,³ una delle più esaustive definizioni di “soggetti vulnerabili” si trova proprio nelle cd “Regole di Brasilia riguardanti l'accesso alla giustizia per le persone vulnerabili”⁴, dove si definiscono vulnerabili quelle persone che «per motivi di età, genere, stato fisico o mentale o per circostanze sociali, economiche, etniche e/o culturali, trovano particolarmente difficile esercitare pienamente i loro diritti davanti al sistema giudiziario così come riconosciuto loro dalla legge» e si asserisce che possono costituire causa di vulnerabilità “l'età, la disabilità, l'appartenenza a comunità o minoranze indigene, la persecuzione, la migrazione e lo sfollamento interno, la povertà, il genere e la privazione della libertà».

Quando il lavoratore subordinato (già contraente debole) è in condizione di disabilità, la vulnerabilità è dunque massima.

In questo contesto, gli accomodamenti ragionevoli rappresentano una leva fondamentale per garantire il godimento dei pieni diritti al lavoro e nel lavoro, in condizioni di parità con tutti i lavoratori.

² L. 6 luglio 2015, n. 13146

³ V. Lorubbio, *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in www.dpceonline.it, 2020/1, 661 e ss.

⁴ Le Regole di Brasilia, approvate dal Congresso Nazionale del Brasile, durante il 14° vertice giudiziario ibero-americano, tenutosi a Brasilia dal 4 al 6 marzo 2008; esse mirano a garantire le condizioni di effettivo accesso alla giustizia per le persone in condizioni vulnerabili, senza alcuna discriminazione, comprendendo l'insieme di politiche, misure, strutture e supporti che consentono a tali persone di godere appieno dei servizi del sistema giudiziario. Reperibili su www.osce.org/odihr/68082?download=true.

Come vedremo, la nozione di "accomodamento ragionevole" nasce nella nostra legislazione a partire dalla direttiva UE 2000/78/CE, che mira ad evitare discriminazioni sul luogo di lavoro, in ragione della religione, delle convinzioni personali, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale.

In prima approssimazione, gli accomodamenti ragionevoli sono modifiche e adattamenti nell'ambiente di lavoro, che il datore deve implementare, per permettere ai lavoratori disabili di svolgere le proprie mansioni. Queste modifiche possono includere cambiamenti strutturali, organizzativi o di orario, ma non devono comportare oneri sproporzionati per il datore di lavoro⁵. Vedremo meglio la questione di questo limite e fino a dove possono, o devono, spingersi questi cambiamenti.

In Italia, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli si manifesta sostanzialmente in due prospettive:

a) *Prevenzione del licenziamento "per ragioni organizzative"*:

Prima di procedere a un licenziamento, il datore di lavoro ha l'obbligo di valutare tutte le possibili alternative, inclusi gli accomodamenti ragionevoli. Già di per sé un licenziamento per ragioni oggettive include il cosiddetto "obbligo di repêchage", ovvero il tentativo di ricollocare il lavoratore in altra mansione compatibile con la sua condizione. Nell'ipotesi di sopravvenuta inidoneità alla mansione del lavoratore disabile, questa circostanza si arricchisce della necessità di adottare ogni accorgimento ulteriore, oltre al cambio di mansioni, per evitare il licenziamento; ad esempio il

⁵ Nel Preambolo della Dir. 2000/78/CE peraltro, (considerando n. 20), sono elencate diverse misure, meramente esemplificative, che possono rappresentare accomodamenti ragionevoli: la sistemazione dei locali di lavoro, l'adattamento delle attrezzature o dei ritmi di lavoro, la riorganizzazione-redistribuzione delle mansioni, la fornitura di mezzi di formazione o inquadramento. Resta nebuloso il concetto di "mezzi di inquadramento"; probabilmente deve farsi riferimento a strumenti di gestione dell'inquadramento del lavoratore, con possibilità di destinarlo anche a mansioni inferiori, così come specificamente previsto dalla L. n. 68/1999, ma più ampiamente anche dall'art. 2103 c.c.

tempestivo avviso che si sta per superare il periodo di
comporto, quando le assenze sono dovute alla propria
condizione;⁶ o un calcolo diverso del comportamento
in caso di disabilità, trattandosi di soggetto che più
facilmente di altri può incorrere in assenze per ragioni
di salute⁷. Su questo punto, a suo tempo, ha segnato
una prima svolta la pronuncia 7755/1998⁸ delle
Sezioni Unite della Cassazione, che hanno affermato
l'obbligo datoriale di provare l'impossibilità di adibire il
lavoratore a diverse mansioni, compatibili con le
residue capacità lavorative, prima di poter procedere
con un licenziamento per giustificato motivo oggettivo
dovuto alla sopravvenuta disabilità permanente, con il
limite tuttavia, del rispetto dell'«assetto organizzativo
insindacabilmente stabilito dall'imprenditore». Questa
posizione “cauta” della nostra giurisprudenza si è
tramandata per diverso tempo e, ancora oggi, non è del

⁶ Trib. Modena, 11 ottobre 2019, n.240, in *DeJure*, secondo cui “ Ad avviso del giudicante la comunicazione preventiva della conclusione del periodo di comportamento costituisce un accomodamento ragionevole a tutela del lavoratore disabile/svantaggiato, prescrizione che non grava il datore di lavoro di alcun onere finanziario. [...] I principi di correttezza e buona fede ampliano il regolamento contrattuale e impongono alle parti il rispetto di doveri integrativi e strumentali di avviso, informazione, solidarietà e protezione. [...] Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, il lavoratore avrebbe potuto evitare il licenziamento facendo ricorso all'aspettativa non retribuita e ai “permessi e recuperi”.

⁷ F. Bordoni, *Il periodo di comportamento può essere discriminatorio. Tra discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli: la Cassazione puntualizza*, in *Labor*, 13 giugno 2023, con riferimento ad un caso di applicazione del periodo di comportamento «standard» ad un disabile, rimasto assente anche a causa della disabilità e licenziato appunto per superamento del periodo di comportamento. Si veda anche Cass. 31 marzo 2023, n. 9095, in IUS Lav. 6 aprile 2023, con nt. di G. Guarini, in cui la Corte sembra ritenere che l'applicazione di un periodo di comportamento diverso rappresenti appunto un accomodamento ragionevole. Sul punto si veda anche l'ordinanza di rinvio alla CG del Trib. Ravenna, 4 gennaio 2024, in www.italianequalitynetwork.it, con cui il giudice rinvia alla Corte europea, in sintesi, di pronunciarsi sulla natura discriminatoria o meno di un comportamento indifferenziato per lavoratori disabili e normodotati e se possa ritenersi ragionevole un accomodamento consistente nel dovere del datore di lavoro di concedere alla scadenza del periodo di comportamento un ulteriore periodo retribuito integralmente a suo carico, senza ottenere una controprestazione lavorativa. Anche qui si trattava di un lavoratore rimasto a lungo assente, anche oltre la scadenza del comportamento, a causa di una condizione di disabilità. Sempre sulla configurazione di una discriminazione indiretta in caso di stessa modalità di calcolo del periodo di comportamento tra lavoratori disabili e normodotati, Cass., 23 maggio 2024, n.14402, in *RIDL*, 2024, 3, II, 376; Cass., 7 gennaio 2025, n.170, in *Dir. & Giust.* 2025, 9 gennaio.

⁸ Cass., Sez. Un. civ., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 170.

tutto superata, come vedremo.

b) *Garanzia di parità di trattamento e prevenzione delle discriminazioni.*

Durante tutto il rapporto di lavoro, il datore deve assicurare che i lavoratori disabili abbiano le stesse opportunità degli altri. Ciò può comportare l'adattamento delle procedure di selezione e valutazione, la formazione del personale sulla diversità e l'inclusione, e la creazione di un ambiente di lavoro accessibile e l'adozione di diversi accorgimenti organizzativi che permettano al lavoratore disabile di svolgere proficuamente le proprie mansioni. L'adozione di soluzioni ragionevoli è pertanto uno strumento per garantire parità di trattamento⁹.

Vediamo brevemente le due questioni accennate, che peraltro si intersecano profondamente.

2. La Conservazione del Posto di Lavoro, la Sopravvenuta Inidoneità.

Le conseguenze della sopravvenuta inidoneità alle mansioni sul rapporto di lavoro sono disciplinate dalla l. 68/99. Per i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni a causa di infortunio o malattia, l'art. 4 della stessa legge prevede che tali eventi “non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori”. Sulla stessa frequenza si pone il D.Lgs. n. 81/ 2008, secondo il quale (art. 42), quando il medico competente valuta l'inidoneità di un lavoratore alla

⁹ Specifica in tema di accomodamenti ragionevoli Cass. 21 novembre 2024 n. 30080, ord., in www.dejure.it, fa riferimento allo «statuto di speciale protezione che l'ordinamento interno e comunitario stabilisce per le persone con disabilità», con conseguente obbligo per il datore di adottare accomodamenti ragionevoli, in un caso di lavoratore affetto da disabilità cui era stato negato il diritto alla scelta di una sede più idonea alla gestione delle proprie limitazioni e patologie».

mansione specifica, il datore lo adibisce - ove possibile - a mansioni equivalenti o, in difetto, inferiori. Mentre la l. 69/99 si rivolge ad una platea di soggetti ben precisi, che posseggano ben definite percentuali minime di invalidità¹⁰, la l. 81/2008 ha una portata più generale.

Sempre per le sole persone rientranti nel campo di applicazione della l. 68/99, l'art. 10, L. n. 68/1999 sul collocamento mirato, stabilisce che, nel caso di aggravamento delle condizioni di salute del lavoratore disabile, che determini incompatibilità con la prosecuzione del lavoro, il datore non può chiedere al disabile una prestazione incompatibile con le sue minorazioni. Il disabile ha quindi diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro, fino al permanere dell'incompatibilità; inoltre, il rapporto può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la commissione medica competente (ex art. 4, L. n. 104/ 1992) accerti la definitiva impossibilità di reinserimento al lavoro.

E' chiaro che, in entrambi i casi, quando per non sia possibile modificare utilmente le mansioni del lavoratore, o riadattare l'organizzazione, si apre la strada del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Occorre quindi ricordare che mentre il datore di lavoro è sempre tenuto all'onere di *repechage*, prima di licenziare un lavoratore per ragioni oggettive, inclusa la sopravvenuta inidoneità alle mansioni, non sempre ha anche l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli. Quest'ultimo dovere si lega all'applicabilità dell'art. 10., l. 68/99, per chi è stato assunto ai sensi del collocamento mirato, e all'art. 3-*bis* del d. lgs. 216/2003, sulla parità di trattamento, di cui ora parleremo e che riguarda tutte le persone con disabilità, a prescindere dall'inquadramento nelle categorie protette dalla l. n. 68/99.

¹⁰ A mente dell'art. 1, l. 68/99, si tratta delle persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettuale, che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45 per cento, accertata dalle competenti commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile; delle persone invalide del lavoro con un grado di invalidità superiore al 33 per cento, accertata dall'INAIL; delle persone non vedenti o sordomute, di cui alle leggi 27 maggio 1970, n. 382, e successive modificazioni, e 26 maggio 1970, n. 381, e successive modificazioni; degli invalidi di guerra, invalidi civili di guerra e invalidi per servizio con minorazioni ascritte dalla prima all'ottava categoria di cui alle tabelle annesse al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra.

3. L'obbligo di Parità di Trattamento e gli Accomodamenti Ragionevoli

Quanto invece alla parità di trattamento, come già ricordato, l'Italia ha provveduto (art. 9, comma 4-ter, D.L. n. 76/2013), a regolare l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli solo nel 2013, a seguito di condanna della Corte Ue, attraverso la modifica dell'art. 3, D.Lgs. n. 216/2003.

L'art. 5, Dir. 2000/78/CE prevede che "Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili".

La Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità (New York, 13 dicembre 2006), ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. n. 18/2009 (cui ha aderito anche l'UE, con decisione del Cons. del 26 novembre 2009), ha poi ampliato la portata di tale obbligo, statuendo la necessità di "accomodamenti ragionevoli" nelle organizzazioni aziendali (art. 5, comma 3), definiti come quelle "modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali", al fine ultimo di garantire, ai sensi del successivo art. 27, lett. i), Dir. 2000/78/CE il "diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri". Inoltre, coerentemente con tale previsione, l'ONU ha espressamente ricompreso nella nozione di discriminazione fondata sulla disabilità il "rifiuto di accomodamenti ragionevoli" da parte del datore (art. 2, Dir. 2000/78/CE).

4. La Nozione di Accomodamento Ragionevole e i Suoi Contenuti nel Diritto Vivente

Nel Preambolo della Dir. 2000/78/CE (considerando n. 20), sono elencate diverse misure, meramente esemplificative, che possono rappresentare accomodamenti ragionevoli: la sistemazione dei locali di lavoro, l'adattamento delle attrezzature o dei ritmi di lavoro, la riorganizzazione-redistribuzione delle mansioni, la fornitura di mezzi di formazione o inquadramento¹¹.

Il termine "accomodamento" (che nella lingua italiana richiama propriamente l'idea di un adattamento, quasi di un "compromesso") rappresenta la traduzione letterale dall'inglese "accommodation", presente nella Convenzione ONU del 2006 e nella versione inglese dell'art. 5, Direttiva 2000/78/CE, ed è stato tradotto nella nostra lingua con "soluzioni ragionevoli".

Nell'art. 2 della Convenzione per "accomodamenti" si intendono "le modifiche e gli adattamenti necessari e appropriati" che si devono realizzare "per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali". Mentre l'art. 5 della Direttiva citata parla di "provvedimenti adeguati" del datore di lavoro, "in funzione delle esigenze delle situazioni concrete", per permettere ai disabili di accedere ad un lavoro e di svolgerlo.

Si tratta dunque di aggiustamenti, in senso ampio, di natura organizzativa che il datore di lavoro deve mettere in atto al fine di "garantire il principio della parità di trattamento dei disabili" e che si contraddistinguono per la loro "adeguatezza", ovvero per la loro idoneità a consentire alla persona svantaggiata di espletare l'attività lavorativa.

¹¹ Resta nebuloso il concetto di "mezzi di inquadramento"; probabilmente deve farsi riferimento a strumenti di gestione dell'inquadramento del lavoratore, con possibilità di destinarlo anche a mansioni inferiori, così come specificamente previsto dalla L. n. 68/1999, ma più ampiamente anche dall'art. 2103 c.c.

L'adozione di tali misure organizzative riguarda ogni fase del rapporto di lavoro, "da quella iniziale sino a quella della sua cessazione, non essendo specificamente destinate a prevenire un licenziamento" (Cass. n. 6497/2021, cit.). Secondo la Corte di Giustizia vanno considerate "soluzioni ragionevoli" "l'eliminazione degli ostacoli di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori", come ad esempio la riduzione dell'orario di lavoro (sentenze CGUE 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, punto 54; CGUE 4 luglio 2013, C-312/11, punto 59; CGUE 11 settembre 2019, C-397/18, punto 64)¹².

La nozione di accomodamento ragionevole rappresenta, dunque, una clausola generale e richiede un rinvio ai parametri di ragionevolezza e proporzione della direttiva CE, che consentono di definirne il contenuto. La valutazione di una posizione di lavoro (intesa sia in senso fisico-architettonico, sia in senso lato, come tipologia di occupazione e modalità organizzativa), ai fini di determinarne l'idoneità per un lavoratore con disabilità, non può dunque che avvenire di volta in volta, sulla base delle singole circostanze del caso, legate sia al tipo di disabilità, sia al tipo di lavoro di cui si tratta. La ragionevolezza dell'accomodamento va dunque rapportata ai singoli individui, alle esigenze specifiche del singolo disabile.

Risulta tuttavia talora difficile individuare la soluzione pratica che tale ragionevolezza realizzi. La summenzionata difficoltà si è talvolta riflessa anche nelle decisioni dei giudici italiani, chiamati a "trovare la quadra", bilanciando il diritto al lavoro delle persone con disabilità con la tutela della libertà d'impresa, intesa nel senso dell'organizzazione datoriale (in senso ampio). Tuttavia la normativa nazionale deve essere letta alla luce del diritto comunitario (che, nel caso specifico, si raccorda anche con la Convenzione ONU). Una disciplina, quella sovranazionale, che sembra spingere, più di quanto abbia fatto fino a tempi recenti quella italiana, verso una ricerca estrema della conservazione del posto di lavoro, inducendo il datore a ricercare

¹² CGUE 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11 (riunite), in *Riv. critica dir. lav.*, 2013, 1-2, 42, con nota di A. Guariso, *Il destino incerto del licenziamento per superamento del periodo di comporto dopo la sentenza HK della Corte europea*; CGUE 4 luglio 2013, C-312/11, in <https://eur-lex.europa.eu>; CGUE 11 settembre 2019, C-397/18, in www.dirittifondamentali.it.

tutte le soluzioni possibili, che non compromettano eccessivamente l'organizzazione. L'art. 41, Cost., infatti, impone il rispetto dell'organizzazione d'impresa discrezionalmente decisa dal datore di lavoro, tanto da impedire tradizionalmente ai giudici qualunque sconfinamento nel valutare la bontà, l'opportunità o meno delle scelte datoriali; così come anche la L. n. 183/2010, all'art. 30 dispone che quando si tratta di interpretare norme di legge lavoristiche che contengono clausole generali, "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente". In un caso abbastanza recente, ad esempio, di superamento del periodo di comportamento dovuto ad assenze per patologie legate allo stato di invalidità, il giudice ha semplicemente convalidato il licenziamento¹³. Sarebbe bastato valutare con ragionevolezza e proporzione, un'estensione del periodo di comportamento stesso, o l'espunzione dal calcolo del comportamento delle assenze strettamente legate alla disabilità. E infatti troviamo anche posizioni più ragionevoli nella giurisprudenza, che affermano come "Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro sia in possesso di elementi per conoscere la condizione di *handicap* del lavoratore (assenze cominciate dopo un serio infortunio), anche nel caso in cui la certificazione che accerta lo stato di invalidità non sia stata trasmessa dal lavoratore, il licenziamento per superamento del periodo di comportamento in applicazione della clausola negoziale che prevede un arco temporale indifferenziato anche per i periodi di malattia imputabili alla disabilità costituisce un provvedimento discriminatorio."¹⁴ Un cambio di rotta nella giurisprudenza interna c'era già stato, con

¹³ Trib. Lodi, Sez. lav., 12 settembre 2022, n. 19, in *DeJure*, secondo cui "L'art. 2110 c.c. contempera due contrapposti interessi: quello del lavoratore di mantenere il posto di lavoro anche durante la malattia e quello del datore di lavoro di risolvere il rapporto di lavoro in presenza di una morbidità eccessiva del lavoratore. Va precisato che detta norma è applicabile a tutti i lavoratori, senza distinzione fra categorie, ma prevede che in presenza di una prolungata morbidità oltre il limite previsto dalla legge (o dal contratto collettivo) il datore di lavoro possa recedere dal contratto.". *Contra* Trib. Mantova, Sez. lav., 22 settembre 2021, n. 126, *ibidem*. Nello stesso senso sembra esprimersi Trib. Vicenza, Sez. I, 27 aprile 2022, n.181, in *DeJure*. Il tratta di una posizione che si incardina nell'orientamento tradizionale e "prudente" della giurisprudenza italiana, ormai però risalente (ma, come si vede, non ancora del tutto superato): *ex plurimis*, Cass. 7 marzo 2005, n. 4827; Cass. 24 gennaio 2005, n. 1373; Cass. 6 marzo 2007, n. 5112; Cass. 23 aprile 2010, n. 9700; Cass. 5 agosto 2000, n. 10339; Cass. 19 agosto 2009, n. 18387.

¹⁴ Cass. sez. lav., 22 maggio 2024, n.1431, in *Dir.Rel.Ind.*, 2024, 4, 1170.

la sentenza Cass. 31 marzo 2023, n. 9095¹⁵, secondo cui “Il licenziamento intimato ai sensi dell'art. 2110, co. 2, c.c. ad un lavoratore disabile per superamento di un periodo di comportamento che non distingue malattie collegate alla disabilità e malattie “comuni” costituisce una discriminazione indiretta perché la disabilità espone i lavoratori ad un maggiore rischio di accumulare giorni di assenza per malattia”, ma già la Corte di Giustizia, per prima, aveva criticato un'applicazione indifferenziata delle tutele apprestate a favore del lavoratore in malattia, in quanto generatrice di una disparità di trattamento tra persone disabili e lavoratori normodotati¹⁶.

Esempi concreti di accomodamenti ragionevoli includono:

- Modifiche all'ambiente fisico di lavoro, come l'installazione di rampe o l'adeguamento delle postazioni.

- Flessibilità negli orari di lavoro o possibilità di lavoro da remoto.

- Redistribuzione di compiti non essenziali o modifica delle modalità di comunicazione (come nel caso del superamento del periodo di comportamento).

- L'accesso a istituti previsti dalla contrattazione collettiva (come i recuperi di giornate prefestive non lavorate in occasione della chiusura delle scuole, nella forma del lavoro straordinario a recupero: Trib. Modena, 1° marzo 2024, n. 703).¹⁷

È importante sottolineare che questi accomodamenti devono essere "ragionevoli", ovvero non devono imporre un onere sproporzionato al datore di lavoro. La valutazione della ragionevolezza deve tenere conto delle dimensioni e delle risorse dell'azienda, nonché dei benefici attesi per il lavoratore e per l'organizzazione nel suo complesso.

Rispetto alla individuazione dei limiti all'obbligo datoriale, se, come abbiamo detto, inizialmente la giurisprudenza ha assunto un atteggiamento cauto nel riconoscimento del diritto agli accomodamenti ragionevoli (dovuti nella misura in cui

¹⁵ In RIDL 2023, 2, II, 238

¹⁶ V. Luciani, *Il comporta nel licenziamento del disabile “europeo” tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2024, 4, 1171; A. Maresca, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, in *LDE*, 2024, n. 2, 11; M. Menicucci, *Superamento del comporta e disabilità “europea”: critica di una soluzione irragionevole*, in *LG*, 2024, n. 5, 454 ss.; V. Fili, *Superamento del comporta di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in *Giur.It.*, 2023, n. 10, 2150.

¹⁷ Attualmente inedita, in corso di pubblicazione con commento di F. Limena, in *Equal Rivista di diritto antidiscriminatorio*, 2025.

non alterassero l'organizzazione aziendale), nel tempo essa ha abbracciato soluzioni sempre più garantiste per il lavoratore, estendendo l'ambito dell'obbligo datoriale, alla ricerca di soluzioni ragionevoli. Così ad esempio, "... l'impossibilità di ricollocare il disabile, adibendolo a diverse mansioni comunque compatibili con il suo stato di salute, non esaurisce gli obblighi del datore di lavoro che intenda licenziarlo, perchè, laddove ricorrano i presupposti di applicabilità del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 3, comma 3 bis, così come nella specie, dovrà comunque ricercare possibili "accomodamenti ragionevoli" che consentano il mantenimento del posto di lavoro, in una ottica di ottimizzazione delle tutele giustificata dall'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio. In altri termini, non è sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, come se si trattasse di un ordinario *repechage*, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute. Ed invero, a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature [...] quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli che potessero evitare il licenziamento causato dalla disabilità, graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver adempiuto all'obbligo di "accomodamento", ovvero che l'inadempimento sia dovuto a causa non imputabile. Nè spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il *repechage* ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di lavoro per riorganizzazione aziendale ...".¹⁸

¹⁸ Trib. Termini Imerese, 25 ottobre 2024, n. 1158

Appare allora condivisibile la posizione di quella dottrina che rileva come “secondo una lettura sistematica delle norme a tutela dei lavoratori disabili in caso di licenziamento, l’obbligo di matrice comunitaria di adottare ‘accomodamenti ragionevoli’ è tale da condizionare ‘a monte’ e strutturalmente il potere di recesso. Obbligo che viene dunque ad operare in maniera trasversale, in linea di massima in una fase preliminare rispetto all’obbligo di *repêchage*.”¹⁹

Anche nella PA si stanno facendo strada soluzioni più protettive e pragmatiche, secondo cui sussiste violazione del principio di non discriminazione, a tutela dei lavoratori con handicap (a mente dell’art. 3 comma 3 bis d. lgs. n. 216/2003, degli artt. 32-38 Cost., dell’art. 10 legge n.68/1999, dell’art. 2087 cod. civ., della direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000, articolo 5, con conseguente violazione del principio di parità di trattamento dei lavoratori portatori di handicap di cui all’art. 5 della direttiva 2000/78/CE e all’art. 3 d.lgs. n. 216/2003), a seguito del diniego dell’Azienda Sanitaria di costituire il rapporto di lavoro, benché fossero già definiti tutti gli elementi essenziali del rapporto (mansioni, retribuzione e qualifica), a seguito di accettazione del contratto da parte del lavoratore, poi dichiarato idoneo con diverse limitazioni in esito alla visita medica preassuntiva. Qui viene riconosciuto persino il diritto alla costituzione forzata del rapporto ai sensi dell’art. 2932 c.c.20.

Recentissima poi una sentenza che possiamo definire storica, nella quale il giudice di legittimità ha fatto applicazione del principio degli accomodamenti ragionevoli per prevenire la discriminazione sul posto di lavoro ai danni del personale con disabilità, riconoscendo un vero e proprio diritto allo smart working. La sentenza nasce da una causa in cui un lavoratore invalido, con gravi deficit visivi e invalido civile, che aveva difficoltà a recarsi quotidianamente in ufficio a causa della sua condizione di salute, aveva chiesto di poter svolgere le sue mansioni da remoto in regime di lavoro agile. Nello specifico aveva chiesto di poter continuare nella medesima modalità attuata durante il Covid. La Corte ha richiamato il principio degli accomodamenti ragionevoli, previsto dalla normativa italiana ed europea, che impone

¹⁹ R. Duilio, *L’obbligo di repêchage non può imporre al datore di lavoro oneri sproporzionati tali da superare il principio degli “accomodamenti ragionevoli”*, in *D&G*, 1, 2020, 6

²⁰ Cass., sez. Lav., 26.02.2024, n. 5048, in www.rivistalavor.it

ai datori di lavoro di adottare misure adeguate per consentire ai lavoratori disabili di svolgere le proprie mansioni senza subire svantaggi rispetto ai colleghi non disabili. Tali misure possono comprendere appunto anche la possibilità di lavorare da casa.

Nel caso specifico, la Corte di Cassazione ha ritenuto che l'introduzione dello smart working non fosse solo una misura vantaggiosa, ma un obbligo legato alla protezione dei diritti fondamentali del lavoratore, che non compromette la produttività. I costi per la strumentazione e l'eventuale formazione, non sono stati ritenuti eccessivi per il datore di lavoro²¹.

Questa decisione ha un'importanza fondamentale, poiché riconosce in modo chiaro che il lavoro agile non deve essere visto come un privilegio, ma come un diritto per i lavoratori con disabilità, quando necessario perché l'esercizio delle loro funzioni possa essere agevolato in un contesto più confacente e senza discriminazioni. Nonostante possano esserci situazioni in cui lo smart working non è applicabile a tutte le mansioni, dopo questa sentenza è d'obbligo per i datori di lavoro, interrogarsi sulla opportunità di individuare modalità alternative che rispettino le esigenze del lavoratore disabile.

5. Le Novità Normative

Il recente d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62, che dà attuazione della legge 21 dicembre 2021, n. 221 in tema di disabilità, oltre ad innovazioni importanti in tema di definizione della «condizione di disabilità», di unificazione procedurale sotto la competenza dell'INPS dei procedimenti volti all'accertamento di tali condizioni, di introduzione del «progetto di vita» volto all'inclusione e partecipazione sociale della persona con disabilità (tutti aspetti su cui rimando all'intervento, in particolare, della collega Prof. Battisti), contiene anche previsioni di immediato e specifico interesse lavoristico, sotto il profilo che qui stiamo trattando.

In particolare, l'art. 17, introducendo un nuovo art. 5-*bis* alla legge 104 del 1992, prevede una disciplina legale degli accomodamenti ragionevoli da tempo noti alla giurisprudenza e a cui mi limito.

²¹ Cass. 10 gennaio 2025, n. 605, in

Nel comma 1 del nuovo art. 5 bis (legge 104/92) si stabilisce che: “Nei casi in cui l'applicazione delle disposizioni di legge non garantisca alle persone con disabilità il godimento e l'effettivo e tempestivo esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali, l'accomodamento ragionevole... individua le misure e gli adattamenti necessari, pertinenti, appropriati e adeguati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo al soggetto obbligato.” Al comma 3 dell'art 5 bis, individua le basi del procedimento indicando che “La persona con disabilità ha la facoltà di richiedere, con apposita istanza scritta, alla pubblica amministrazione, ai concessionari di pubblici servizi e ai soggetti privati l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta.” L'accomodamento ragionevole è ora definito come l'insieme di misure e adattamenti che possono essere richiesti alle amministrazioni, ai concessionari di pubblico servizio e ai privati – anche nella loro veste di datori di lavoro – per garantire i diritti della persona con disabilità quando allo scopo non sia sufficiente il rispetto delle previsioni di legge.

Secondo le nuove previsioni, l'interessato ha facoltà di presentare istanza scritta al soggetto obbligato – ad esempio, il datore di lavoro – per l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta la cui possibilità di accoglimento dovrà essere verificata previamente all'adozione di una decisione. L'istante ha diritto di essere coinvolto nel procedimento e nelle valutazioni per l'adozione degli accomodamenti, che devono essere individuati secondo un criterio di ragionevolezza, non potendosi imporre un onere sproporzionato rispetto alla sostenibilità organizzativa ed economica dell'impegno richiesto, in un'ottica di proporzionalità.

Ricordo poi che la recente riforma prevede che al rifiuto ingiustificato di adottare gli accomodamenti ragionevoli è possibile reagire con ricorso all'autorità giudiziaria (legge n. 67 del 2006) e, adesso, anche con richiesta alla recentemente

istituita Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità, volta alla verifica della discriminatorietà del rifiuto²².

6. Conclusioni

Esistono dei punti fermi ad oggi:

- il disabile non può ricevere lo stesso trattamento riservato a tutti i lavoratori, perché si realizzerebbe un caso di discriminazione indiretta (in violazione della direttiva 2000/78/CE in tema di parità delle condizioni di lavoro e, oggi, della l. n. 67/2006 che promuove «la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità»);

- quando il datore di lavoro è a conoscenza della condizione di disabilità deve attivarsi per concedere al lavoratore un “accomodamento ragionevole” ai sensi dell'art. 3-bis del d.lgs. n. 216/2003, anche nella fase estintiva del rapporto;

- le malattie da trattare in modo specifico e differenziato sono solo quelle collegate alla disabilità;

- l'accomodamento ragionevole non significa addossare *ad libitum* ed in via esclusiva sul datore di lavoro il peso della tutela del lavoratore disabile assente per malattia, perché ciò significherebbe spostare sul privato, in violazione degli artt. 38 e 41 Cost., oneri che competono al sistema pubblico;

²² Art. 17, D. Lgs. 62/2024: “[...]8. Avverso il diniego motivato di accomodamento ragionevole da parte della pubblica amministrazione, oppure nei casi di cui al comma 7, è ammesso ricorso ai sensi degli articoli 3 e 4 della legge 1° marzo 2006, n. 67. 9. Resta salva, ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 5 febbraio 2024, n. 20, la facoltà dell'istante e delle associazioni legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 67 del 2006, di chiedere all'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità di verificare la discriminazione per rifiuto di accomodamento ragionevole da parte della pubblica amministrazione e anche di formulare una proposta di accomodamento ragionevole.

10. Nel caso di rifiuto da parte di un concessionario di pubblico servizio dell'accomodamento ragionevole, richiesto ai sensi del comma 3, l'istante e le associazioni legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 67 del 2006, ferma restando la facoltà di agire in giudizio ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge, possono chiedere all'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità di verificare la discriminazione per rifiuto di accomodamento ragionevole proponendo o chiedendo, anche attraverso l'autorità di settore o di vigilanza, accomodamenti ragionevoli idonei a superare le criticità riscontrate. 11. Nel caso di rifiuto da parte di un soggetto privato dell'accomodamento ragionevole, richiesto ai sensi del comma 3, l'istante e le associazioni legittimate ad agire ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 67 del 2006, ferma restando la facoltà di agire in giudizio ai sensi della medesima legge, possono chiedere all'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità di verificare la discriminazione di rifiuto di accomodamento ragionevole.”

– se il datore di lavoro adotta un licenziamento per superamento del comporto senza avere predisposto i dovuti accomodamenti ragionevoli il provvedimento è nullo ai sensi dell'art. 18, primo comma, della l. n. 300/1970 e dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015.

L'implementazione di accomodamenti ragionevoli presenta sia sfide che opportunità. Tra le sfide, troviamo i costi di implementazione e possibili resistenze culturali. Tuttavia, le opportunità sono significative: aumento della produttività, miglioramento del clima aziendale, stimolo all'innovazione e rafforzamento della responsabilità sociale d'impresa.

In conclusione, l'adozione di accomodamenti ragionevoli va vista non solo in un'ottica di obbligo legale, ma rappresenta anche un'opportunità per creare ambienti di lavoro più inclusivi ed efficienti.

Guardando al futuro, possiamo prevedere un'evoluzione del concetto di accomodamento ragionevole in risposta ai cambiamenti del mondo del lavoro, come l'aumento del lavoro da remoto e i continui cambiamenti legati alla gig economy. Sarà fondamentale continuare a adattare le nostre normative e pratiche per garantire che tutti i lavoratori, indipendentemente dalle loro vulnerabilità, possano partecipare pienamente e equamente al mondo del lavoro.

Bibliografia

- AIMO, Mariapaola, *L'inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*, in RIDL, 2, 2019, 161
- BALDIN, Serena, *Lavoratori con disabilità e accomodamenti ragionevoli nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Riflessioni a margine di XX c. Tartu Vangla*, in www.dpeonline.it, 2021, 4, 4331
- BONARDI, Olivia, *L'inidoneità sopravvenuta al lavoro e l'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli in un'innovativa decisione della cassazione*, in *Questione Giustizia* 3/2018, 101
- BORDONI, Filippo, *Il periodo di comporto può essere discriminatorio. Tra discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli: la Cassazione puntualizza*, in *Labor*, 13 giugno 2023.
- CAROLLO, Lilli, *Un itinerario giurisprudenziale sul collocamento mirato*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 1, 190;

CINELLI, Maurizio, *Insufficiente per la corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 4, 935

DE FALCO, Massimiliano, *L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'INAIL*, in www.lavorodirittieuropa.it, 3/2021

DE FALCO, Massimiliano, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *RCP*, 5, 2022, 1738

DE LOGU, *“Adeguare il lavoro all'uomo”: l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti*, in *RGAD*, 2024, 1, 2

DULIO, Roberto, *L'obbligo di repêchage non può imporre al datore di lavoro oneri sproporzionati tali da superare il principio degli “accomodamenti ragionevoli”*, in *D&G*, 1, 2020, 6

FERRARA, Maria Dolores, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato “personalizzato” e la soluzione ragionevole “a responsabilità condivisa”?*, in *Var. temi dir. lav.*, 2020, 4, 923

FILÌ, Valeria, *Superamento del comporta di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in *Giur.It.*, 2023, n. 10, 2150.

GUARINI, Giovanni, *Il lavoratore disabile può rifiutarsi di eseguire la prestazione lavorativa in mancanza di accomodamenti ragionevoli*, in *IUS Lavoro*, 23 gennaio 2025.

GUARINI, Giovanni, *Licenziamento del lavoratore disabile per superamento del comporta e discriminazione indiretta*, in *IUS Lavoro*, 6 aprile 2023

LAMBERTUCCI, Pietro, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. merc. lav.* 2020, 1, 1, 33.

LONGO, Erik, *UE - La sentenza della Corte di Giustizia nella causa c-312/11, Commissione c. Italia (2/2013)*, in www.osservatoriosullefonti.it.

LORUBBIO, Vincenzo., *La tutela dei soggetti vulnerabili*, in www.dpcceonline.it, 2020/1, 661.

LUCIANI, Vincenzo, *Il comporta nel licenziamento del disabile “europeo” tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli*, in *Dir.Rel.Ind.*, 2024, 4, 1171;

MARESCA, Arturo, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporta*, in *LDE*, 2024, n. 2, 11

MENICUCCI, Marco, *Superamento del comports e disabilità "europea": critica di una soluzione irragionevole*, in *LG*, 2024, n. 5, 454

PERUZZI, Marco, *Diritto antidiscriminatorio e illegittimità del licenziamento per inidoneità psico-fisica: (ri)costruzione di una fattispecie*, in *LDE*, 2020, 2

TARQUINI, Elisabetta, *Gli accomodamenti ex art. 3 co. 3 bis d.lgs. 216/2003: quale ragionevolezza?* Nt. a Cass. 6497/2021, in www.italianequalitynetwork.it, 20 ottobre 2021

THE CHILD WITH DISABILITIES AND THE RIGHT TO EDUCATION THE ROLE OF DAMAGES

Stefano Corso*

Università degli studi di Padova

DOI: <https://doi.org/10.62140/SC692025>

Summary: 1. The right to education of the child with disabilities; 2. The Individualised Education Plan (PEI); 3. The role of damages; 4. Protection of the rights of children with disabilities. Between pedagogy and law.

Abstract: The right to education, recognised at the international, supranational and national levels, is of particular importance to the child and is guaranteed to the child with disabilities, with provisions that ensure respect for his or her condition. Non-implementation or inadequate implementation of this right causes harm to the individual. Civil law traditionally responds to the need for redress with the remedy of compensation. More effective protection of the rights of the child with disabilities, beyond the limits of compensation for damages, can be achieved through inclusion and inclusiveness at school, in the dialogue between law and pedagogy.

Keywords: child with disabilities; right to education; damages; law and pedagogy.

* Assegnista di ricerca in diritto privato nell'Università degli studi di Padova. E-mail: stefano.corso.1@unipd.it. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8951-454X>.

1. The Right to Education of the Child With Disabilities

Education shall be open to everyone. Thus begins Article 34 of the Constitution, recognising in the Italian legal system the right to education¹. The evolution of the Italian school system over time has been shaped by the legislative framework that has been established in relation to this right, including its various declinations and applications². It takes on a particular significance as regards children's rights³.

With the adoption of the United Nations Convention on the Rights of the Child in 1989, and the shift in the legal view of the child from an object of rights to a subject of rights, the entitlement of the child to fundamental rights was explicitly enshrined at the international level. These include not only participation rights such as the right to be heard, freedom of expression, thought, conscience and religion, freedom of association and assembly, and respect for private life (Articles 12-16), but also provision rights such as the right to health (Article 24), the right to assistance and social security (Article 26) and the right to education (Article 28)⁴.

At the supranational level, the Charter of Fundamental Rights of the European Union proclaims the right to education in Article 14. Furthermore, as outlined in Article 9 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the

¹ P. PERLINGIERI, *La libertà di educazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 674 ss., and ID., *Diritto allo studio uguale per tutti. A margine della sentenza n. 454 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 386 ss.; both now in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 205 ss. and 547 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, *Situazioni soggettive*, 4^a ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, especially 166 ss.

² U. POTOTSCHNIG, «Istruzione (diritto alla)», in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 96 ss.; A. POGGI, nel *Commentario alla Costituzione*, edited by R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Torino, Utet, 2006, agg. 2024 in *OneLegale*, sub art. 34 Cost.

³ A. SANDULLI, *Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori*, in AA.VV., *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, Giuffrè, 1982, 283 ss. Cf. F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, Jovene, 1984; P. STANZIONE, «Minori (condizione giuridica dei)», in *Enc. del dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 725 ss.; R. SENIGAGLIA (ed.), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritti minorile*, Pisa, Pacini, 2019.

⁴ On children's rights, also from a historical and pedagogical perspective, A. THIENE, *La Grammatica dei diritti dei bambini e dei genitori nel pensiero di Gianni Rodari*, in M. BENETTON (ed.), *Il cielo è di tutti la terra è di tutti. Gianni Rodari, l'educazione e i diritti dell'infanzia*, 2020, Pisa, ETS, 93 ss., and on the UN Convention especially 107 ss.

definition and implementation of the Union's policies and activities must encompass the requirements associated with a high level of education, training and the protection of human health. The development of a European dimension in education is one of the objectives of Union action under Article 165 TFEU (formerly Article 149 TEC), whereby the Union shall also «contribute to the development of quality education by encouraging cooperation between Member States and, if necessary, by supporting and supplementing their action, while fully respecting the responsibility of the Member States for the content of teaching and the organisation of education systems and their cultural and linguistic diversity»⁵.

It is estimated that between 1 November 1993, when the Maastricht Treaty came into force, and 1 July 2014, the European institutions drafted 428 documents in the field of education, training and education. In addition, the ongoing evolution and structuring of European Union law in this particular domain is evident. This observation enables the comprehension of the profound and significant efforts undertaken by the European Union, spanning from the Green Paper of 1993 up to the present era⁶.

In its Communication of 30 September 2020, the Commission delineated a 'European Education Area' comprising six dimensions, namely: (1) the quality of education and training; (2) inclusion; (3) the green and digital transition; (4) teachers and trainers; (5) higher education; and (6) the geopolitical dimension. The document explicitly asserts that «education is at the heart of the European way of life, strengthening social market economy and democracy with freedom, diversity, human rights and social justice».

Education has been identified as playing a pivotal role in the affirmation of social rights, as delineated within the framework of EU Law. According to Principle 1 of the European Pillar of Social Rights, «everyone has the right to quality and

⁵ Cf. C. SILVA (ed.), *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, Pisa, ETS, 2016.

⁶ P. CASELLI, *Le emanazioni dell'Unione Europea sull'ECEC: dal Libro Verde del 1993 alla Strategia "Europa 2020"*, in C. SILVA (ed.), *op. cit.*, 95 ss.

inclusive education, training and life-long learning in order to maintain and acquire skills that enable them to participate fully in society and manage successfully transitions in the labour market». While principle 11(a) proclaims that «children have the right to affordable early childhood education and care of good quality».

The right to education assumes particular significance in the context of children with disabilities. On 13 December 2006, the United Nations General Assembly adopted the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which was ratified by Italy on 15 May 2009. This development marks a significant milestone in the global effort to recognise the rights of persons with disabilities⁷. The purpose of the Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms of persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity. The general principles, in addition to respect for the inherent dignity, individual autonomy and independence of persons, non-discrimination and full and effective participation and inclusion in society, specifically include «respect for the evolving capacities of children with disabilities and respect for the right of children with disabilities to preserve their identities» (Article 3(h)).

As stated in the preamble, under sub-paragraph r, children with disabilities are recognised as having the right to enjoy all human rights and fundamental freedoms on an equal basis with other children. Furthermore, the obligations assumed by the States Parties to the 1989 Convention on the Rights of the Child to this end are recalled. Article 7 is explicitly focused on children with disabilities, and it obliges states to undertake all requisite measures to ensure their full enjoyment of all human rights and fundamental freedoms on an equal basis with their non-disabled peers. Furthermore, it obliges States to guarantee children with disabilities the right

⁷ M.R. SAULLE, *Lezioni di organizzazione internazionale*, II, *Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, 395 ss.; EAD., «Norme standard», in *Enc. del dir.*, agg. II, 1998, Milano, Giuffrè, 591 ss. Cf. A. VENCHIARUTTI, *I diritti delle persone disabili*, in S. CANESTRARI *et al.* (ed.), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto* directed by S. RODOTÀ e P. ZATTI, I, Milano, Giuffrè, 2011, 173 ss.; M.E. QUADRATO, *Il soggetto disabile tra capacità e discriminazione. L'illusione della normalità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

to express their opinions on all matters affecting them, and that these opinions are duly taken into account, considering their age and degree of maturity, ensuring that appropriate assistance is provided in relation to their disability and age. «In all actions concerning children with disabilities, the best interests of the child shall be a primary consideration» (Article 7(2)).

The right to education is explicitly recognised for persons with disabilities in Article 24 of the Convention, which requires States Parties to ensure an inclusive education system at all levels. In particular, they must ensure that children with disabilities are not excluded from free and compulsory primary or secondary education on the basis of their disability. States must also take appropriate measures to ensure that children with disabilities can participate on an equal basis in recreational, leisure and sports activities, including those provided by the school system (Article 30(5)(d)).

Reconciling the right to education and early childhood care with the protection of persons with disabilities is a challenging but necessary task, which the European institutions have also supported. Principle 17 of the European Pillar of Social Rights, 'Inclusion of people with disabilities', enshrines the right of persons with disabilities to income support that guarantees a dignified life, to services that enable them to participate in the labour market and in society, and to a working environment appropriate to their needs. In its European Pillar of Social Rights Action Plan of 4 March 2021, the Commission pointed out that «persons with disabilities face important barriers in education, training, employment, social protection, housing and health». In this context, it adopted a new strategy for the rights of persons with disabilities for the period 2021-2030 in its Communication of 3 March 2021.

In February 2021, the Council of the European Union adopted the *Resolution on a strategic framework for European cooperation in education and training towards the European Education Area and beyond (2021-2030)*, for which 'Strategic priority 1', among other things, all «actions towards broader inclusion are to be encouraged, such as

supporting access to inclusive quality education for persons with disabilities» and «persons with specific learning needs».

The right to education, recognised and promoted at several levels – from international and supranational to domestic – is thus counted among the fundamental rights of the person, specifically among the social rights enjoyed by the child⁸. In order to become effective and to be truly guaranteed, it requires, from the very beginning, the intervention of the State, which must translate its enunciation into actions, measures and concrete measures. This guarantee, in compliance with the principle of substantive equality, implies that even for this right, if equal situations correspond to equal treatment, different treatments must apply in different situations.

Education, including that which is provided during childhood, is a right universally guaranteed. It is essential that this right be exercised equally by all individuals. A failure to implement the right to education can give rise to prejudice against individuals, which can have particularly severe consequences for children with disabilities⁹ due to their specific vulnerabilities¹⁰. In addressing this issue, civil law has historically relied upon the compensation remedy as a solution¹¹.

2. The Individualised Education Plan (PEI)

⁸ G. BARONE - G. VECCHIO, *Il diritto all'istruzione come «diritto sociale». Oltre il paradigma economicistico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

⁹ Corte cost., 26.2.2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 2010, 879. From the standpoint of juvenile civil law, A. CORDIANO, *Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità*, in A. CORDIANO e R. SENIGAGLIA (ed.), *Diritto civile minorile*, 2ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, 263 ss., especially 281. Q.v. S. CORSO, *Diritto all'educazione e all'istruzione del bambino con disabilità e strumenti di tutela. Il Piano educativo individualizzato (PEI)*, in *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2021, n. 191, 56 ss.

¹⁰ S. GIOVA, *Minori in condizione di particolare vulnerabilità*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2022, n. 3, 167 ss. In relation to the legal aspects pertaining to patrimony, AR. FUSARO, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, Jovene, 2019.

¹¹ L. VALLE - C. VITAGLIANO, *Il diritto all'inclusione e il diritto alla non discriminazione in ambito scolastico, il loro riconoscimento e le responsabilità in caso di mancata o incompleta attuazione*, in *www.rivistafamila.it*, 13 november 2024.

In the context of the Italian legal system¹², a seminal piece of legislation that plays a fundamental role in the protection of persons with disabilities is Law No. 104 of 5 February 1992. According to Article 1 of the Law, its primary objectives are the promotion of full integration of persons with disabilities in all facets of life, including family, professional, social and school life (Article 1(a))¹³. Children with disabilities are often confronted with significant challenges and require specialised support to ensure that their rights, including the right to education, are fully recognised and protected. Differentiated treatment and dedicated protection are crucial for this group, as it enables them to receive the necessary support to maximise their potential and realise their full development¹⁴. Law No. 104 of 1992 guarantees the right to education of children with disabilities mainly with the provisions of Art. 12¹⁵.

Paragraph 5, as redefined by the legislator, now provides that, at the request of parents or those exercising parental responsibility, the medical commissions are required to ascertain the condition of developmental disability for the purpose of school inclusion. This assessment is preparatory to the drafting of the functioning profile for the purpose of drawing up the Individualised Education Plan (PEI).

In the Italian education system, the Individualised Education Plan (PEI) is the primary instrument through which the right to education for children with disabilities is realised¹⁶. This Plan constitutes a component of the life project of the

¹² The reference in the Italian Constitution is to Article 38, in which the corresponding right to education is also expressed.

¹³ V. Corte cost., 29.10.1992, n. 406, in *Dir. e giur.*, 1992, 910, with note by COCORULLO.

¹⁴ E. SERRAO, *I diritti del minore con disabilità*, in *Giur. merito*, 2012, 757 ss.

¹⁵ The participation of the person with disabilities in the educational process with teachers and peers who do not have disabilities is, in fact, an important socialisation factor and can contribute decisively to foster the potential of the disadvantaged person. Corte cost., 8.6.1987, n. 215, in *Giust. civ.*, 1988, I, 354. The provision of specialised teachers for this purpose is functional for the fulfilment of the forms of integration and support, which also have constitutional significance. Corte cost., 15.2.2000, n. 52, in *Giur. cost.*, 2000, 413.

¹⁶ Further provisions, with a systematic scope, and therefore also relating to the education of minors with disabilities are laid down by Legislative Decree No. 62 of 3 May 2024, concerning the definition of the condition of disability, basic assessment, reasonable accommodation, multidimensional assessment for the elaboration and implementation of the personalised and participated individual life project. Life project is defined by Article 2(n) of Legislative Decree No. 62 of 2024 as the individual, customised and participatory project of the person with disabilities which, starting from his or her wishes, expectations and preferences, is aimed at identifying, in a unified existential vision, the formal and informal supports to enable the person to improve the quality of his or her life, to develop all his or her potential, to be

individual, as outlined in Article 14 of Law No. 328 of 2000, as amended by Legislative Decree No. 62 of 2024. Individuals with disabilities have the right to request the formulation of an Individualised Education Plan, as enshrined in the aforementioned legislation. The life project, which is aimed at achieving the objectives of the person with disabilities to improve personal and health conditions in the various spheres of life, facilitating social inclusion and participation in the various contexts of life on an equal basis with others¹⁷, implies a unitary and overall vision of the various situations of the person with disabilities. This approach entails a comprehensive and integrated vision of the individual's diverse circumstances, thereby fostering a symbiotic relationship with the PEI, which pertains specifically to educational and didactic planning. The life project draws from the PEI and imbues it with potential solutions that address the unique needs of the individual, thus ensuring the fulfilment of their rights within a continuous and constructive cycle.

The PEI is subject to further regulation as outlined in Article 7 of Legislative Decree No. 66 of 2017¹⁸. Specifically, the PEI is to be formulated and endorsed by the operational working group for inclusion, as delineated in Article 9(10) of the aforementioned decree. The PEI is to be drawn up on an annual basis, no later than the month of October, and is subject to review and update in the event of new or supervening conditions that affect the person's functioning. Periodic checks are to be conducted throughout the year to ensure the PEI remains relevant and effective.

The Minister of Education, in agreement with the Minister of Economy and Finance, adopted, by Interministerial Decree No. 182 of 29 December 2020, pursuant to Article 7(2-ter), of Legislative Decree 66/2017, a national PEI model and related guidelines, as well as modalities for the allocation of support measures to pupils with

able to choose the contexts of life and to participate in conditions of equal opportunities with others. The life project is based on the multidimensional assessment, which outlines his or her functioning profile. Among the various areas in which it promotes the inclusion and participation of the person with disabilities, pursuant to Art. 18, par. 2 also includes education.

¹⁷ Article 18(1) Legislative Decree No. 62 of 2024.

¹⁸ M. COCCONI, *Il compimento del cantiere della c.d. Buona scuola*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 461 ss.

disabilities¹⁹. This decree and its annexes were subsequently updated and corrected by Interministerial Decree No. 153 of 1 August 2023, which, in particular, intervened in the activities of the operational working group for inclusion, measures, models and guidelines.

The guidelines²⁰ pay particular attention to the proposal for the number of hours of support, which must be justified in the box of the PEI model. This proposal represents an important choice which, since it also has a significant impact on the public administration's expenditure commitments, must necessarily respect strict principles of fairness, equity and responsibility²¹.

3. The Role of Damages

The subject of various disputes concerning the protection of the right to education of children with disabilities is the failure to provide specialised teaching staff for the number of hours of educational support set out in the PEI. The case illustrates that one of the most delicate parts of the PEI is the determination of the number of hours of support and the consequent implementation of the plan.

Administrative doctrine and jurisprudence have addressed this aspect²². One of the most debated aspects concerns the criterion for distinguishing the jurisdiction

¹⁹ Cf. Cons. Stato, 26.4.2022, n. 3196, in *DeJure*; T.A.R. Lazio, sez. III *bis*, 14.9.2021, n. 9795, e T.A.R. Lazio, sez. III *bis*, 10.6.2021, n. 6920, in *Fam. e dir.*, 2022, 177 ss., with note by R. GELLI, *Piano educativo individualizzato e sostegno all'alunno disabile*.

²⁰ Allegato B: *Linee Guida concernenti la definizione delle modalità, anche tenuto conto dell'accertamento di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, per l'assegnazione delle misure di sostegno di cui all'articolo 7 del D.Lgs 66/2017 e il modello di PEI, da adottare da parte delle istituzioni scolastiche*.

²¹ Guidelines, page 56.

²² Cf. L. VALLE - C. VITAGLIANO, *op. cit.*; M. RAMAJOLI, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 275 ss.; E. SERRAO, *op. cit.*, 765 s.; M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2403 ss. See T.A.R. Molise, sez. I, 19.6.2020, n. 174, in *Foro amm.*, 2020, n. 4, 646 ss., with note by F. APERIO BELLA, *Sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e sulla giurisdizione ordinaria in ordine a una controversia riguardante la mancata erogazione delle ore di sostegno scolastico approvate nel Piano Educativo Individualizzato (PEI)*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 15.6.2013, n. 6011, in *Corr. mer.*, 2013, 1216 ss., with note by E. ZAMPETTI, *Disabilità ed istruzione. La questione delle ore di sostegno*; T.A.R. Sardegna, 16.11.2012, n. 991, in *Danno e resp.*, 2013, 82, with note by G. GIOIA, *Alunno disabile e numero di ore di sostegno inferiore al dovuto*. Cf., albeit for partly different issues, Cons. Stato, 21.4.2010, n. 2231, in *Giur. cost.*, 2010, 1827 ss., with note by F. MADEO, *Insegnante di sostegno*:

of the administrative judge from that of the ordinary judge. According to the orientation of the Unified Sections of the Supreme Court of Cassation, expressed in Judgement No. 25011 of 2014 - but not always shared, especially by the administrative judges, who do not abandon the older orientation according to which all disputes on the subject are assigned to the administrative jurisdiction²³ - the administrative judge is competent for disputes relating to the phase prior to the formalisation of the PEI, while the ordinary judge is competent for disputes arising after its adoption and relating to its actual implementation. This solution is based on the assumption that, although everyone enjoys the fundamental right to education, the right to a specific support service only arises in the pupil's mind after the PEI has been definitively drawn up, whereas before that moment his legal situation corresponds to a mere legitimate interest and the exercise of discretion by the public administration is possible²⁴.

Therefore, if, after the finalisation of the PEI, the school administration does not fulfil its obligation to adequately provide the interventions corresponding to the identified needs, the right of the person with disabilities to equal opportunities in the use of the school service can be said to have been violated and, since there is no corresponding reduction in the educational offer for pupils with no disabilities,

possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave; Trib. S. Angelo d. Lombardi, 22.2.2004, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 127 ss., with note by S. VARONE, *Il diritto all'integrazione scolastica degli alunni disabili fra vincoli normativi e criteri di riparto della giurisdizione*. Instead, in relation to the Individualised Care Plan, see Cons. giust. amm. Sicilia, 15.1.2020, n. 114, in *Foro amm.*, 2019, 1938 ss., with note by N. POSTERARO, *Sulla giurisdizione del Giudice Amministrativo nel caso di controversia avente a oggetto la contestazione dei provvedimenti riguardanti l'attuazione del Piano assistenziale individualizzato (PAI) in favore di persona diversamente abile*.

²³ T.A.R. Sicilia, 3.12.2014, in *Dir. civ. cont.*, 17 december 2014, affirmed administrative jurisdiction over the right of persons with disabilities to educational support. A. PLAIA, *Il TAR Sicilia e il TAR Toscana smentiscono il «revirement» delle Sezioni Unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile*, *ivi*. Cf. Cons. Stato, sez. VI, 4.1.2016, n. 7, in *Dejure*.

²⁴ Cass., sez. un., 25.11.2014, n. 25011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 361 ss., with note by A. VENCHIARUTTI, *Incertezze sulla giurisdizione in tema di tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione*, in *Giur. cost.*, 2015, 1475, with note by F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*, in *Foro it.*, 2015, I, 951 ss., with note by A. PALMIERI and commented by E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*.

indirect discrimination can be claimed, for which the ordinary courts have jurisdiction²⁵.

Among the remedies that the system provides against discrimination are the tools set out in article 28 of Legislative Decree No. 150 of 2011. It establishes that the judge may order the cessation of the prejudicial discriminatory behaviour, conduct or act and take any other appropriate measure, including against the public administration, to eliminate its effects. In addition, in the case of minors, an action for damages, including non-pecuniary damages²⁶, may be brought by those exercising parental responsibility²⁷.

In fact, whenever an inviolable personal right is infringed, compensation for the non-pecuniary damage suffered can be found in accordance with the provisions of article 2059 of the Civil Code, according to the constitutional interpretation²⁸. Once again, this is the expansive vision of the compensation remedy, ready to gather ever new requests and to be constantly adapted to the innovations brought to the system by changes in society²⁹.

²⁵ In the same sense Cass., sez. un., 28.2.2017, n. 5060, in *Foro it.*, 2017, I, 1229.

²⁶ Particularly noteworthy in these cases is the compensability of existential damage, which takes the form of damage resulting from the loss of the possibility of "promotion of the person", arising both from the impairment of the child's rights towards the family and from the impairment of the child's rights towards the educational and health institution. E. SERRAO, *op. cit.*, 767.

²⁷ With reference to the position of the private school, see Cass., sez. un., 20.4.2017, n. 9966, in *Fam. e dir.*, 2017, 1081 ss., with note by R. GELLI, *Sostegno all'alunno portatore di handicap nella scuola privata paritaria*. The non-implementation of the PEI is, moreover, not the only hypothesis for which the application of the compensation remedy is envisaged. Cons. Stato, 12.2.2024, n. 1373, in *Fam. e dir.*, 2024, 899 ss., with note by R. GELLI, *Progetto di vita del minore disabile: il ritardo dell'ente è fonte di responsabilità civile*; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 5.10.2023, n. 748, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, 113 ss., with note by M. BOMBARDELLI, *Il progetto individuale per le persone disabili e il danno da ritardo nella sua adozione*.

²⁸ Corte cost., 11.7.2003, n. 233, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 13 ss., with note by A. THIENE, *L'inesorabile declino della regola restrittiva in tema di danni non patrimoniali*; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 1036 ss., with note by P. ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*; in *Giur. it.*, 2003, 1777 ss., with note by P. CENDON - P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale)*; in *Corr. giur.*, 2003, 1028 ss., with note by M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*; in *Danno e resp.*, 2003, 939 ss., with notes by M. BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la corte costituzionale apre (verso il "nuovo" art. 2059 c.c.)*, G. CRICENTI, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale si allinea con la Corte di cassazione*, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 233/03*, O. TROIANO, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*.

²⁹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964. Cf. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 305 ss. M. FRANZONI, *La responsabilità civile una lunga storia ancora da*

However, although compensation can have a deterrent function, it is a remedy that intervenes only after the harmful event has occurred. In the multifunctionality that characterises civil liability³⁰, compensation has its own limitations³¹: not only does it not achieve the objective of precaution and prevention, but it is also irrelevant to the satisfaction, in the strict sense, of the interests underlying the right that has been infringed³². The protection offered by this remedy covers a spectrum ranging from compensation, from a compensatory point of view, to punishment, where one can speak of punitive damages³³, but it does not retreat to the realisation of the right itself. It redistributes - and perhaps even sanctions - but it does not make the holder obtain what the infringed right would have recognised. But this unfolds precisely in the non-implementation of the right, in the violation of other rules, in the lack of cooperation, in the inadequacies of the system. The observation takes shape here in relation to the right to education of the child with disabilities, but it can also be applied to other subjective situations corresponding to the rights of the person.

In other words, not only does the compensatory remedy not guarantee and directly implement the right to education, but it is also unable to prevent its non-implementation or inadequate implementation³⁴. The same cannot be said, at least in part, for other types of protective instruments, in the variety of judicial measures that can be taken, such as an order to cease discriminatory conduct, but even these forms of protection, of a judicial nature, generally access an ex post facto guarantee of the right and do not prevent the injury itself. To prevent this from happening, the work of a good administration is needed in such circumstances, one that has resources and uses them properly, always bearing in mind the fundamental role of the rights of

scrivere, in *Contr. e impr.*, 2021, 1103 ss. offers a historical and evolutionary reconstruction, also on a socio-economic level.

³⁰ G. ALPA, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile*, I, directed by Alpa e Bessone, Torino, Utet, 1987, 6 ss.

³¹ Cf. C. SALVI, *La responsabilità civile*, 3^a ed., in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, Giuffrè, 2019, 313 ss.

³² Cf. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., 318 ss.

³³ M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

³⁴ L. VALLE - C. VITAGLIANO, *op. cit.*

children, who are even more in need of protection and safeguarding because of their condition of disability. The effective guarantee of the right to education of children with disabilities is a way of taking care of the fragility of the person³⁵.

4. Protection of the Rights of Children With Disabilities. Between Pedagogy and Law

It is crucial to shift the focus from the injury and the necessity for remediation to the broader perspective on the protective mechanisms offered by the system, which is characterised by its complexity, dynamism, and unity³⁶. This shift enables us to comprehend the virtuous interaction between the juridical and the meta-juridical. Consequently, the right to education becomes an integral part of a more extensive context. This enhances the dialogue between law and pedagogy, establishing it as a valuable resource³⁷.

In this perspective, the rights of children with disabilities are protected by an inclusive education system and the education for inclusiveness offered by that school³⁸. This constitutes an approach to understanding education and instruction in the context of the protection of the rights of individuals. It conforms to the provisions of international and European Union law, as well as the guidelines set out in relevant soft laws acts. The aforementioned soft law acts are intended to ensure the effectiveness and implementation of the guarantees expressed in the various national legal systems.

As Dewey argued, schools have the potential to embody democratic principles³⁹. The essence of school democracy resides in the liberty and

³⁵ P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Milano, Rizzoli, 2018.

³⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, especially 59 ss.

³⁷ Cf. A. THIENE, *Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, 1315 ss.

³⁸ Q.v. S. CORSO, *Sui diritti della persona minore di età nella scuola. Il ruolo dell'educazione inclusiva*, in *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2021, n. 193, 55 ss.

³⁹ J. DEWEY, *Democracy and education*, 1916, New York, Macmillan. Cf. L. BELLATALLA, *Il mio Dewey. Riflessioni sull'eredità deweyana*, 2016, Roma, Anicia.

empowerment of students, encouraging their active involvement. The democratic approach to teaching and education occupies a paramount position on the pathway to inclusivity. The recognition and acceptance of differences and diversity are fundamental to the expression of pluralism, a cornerstone of democracy. The significance of civic education⁴⁰ and its foundation in the Constitution can be discerned within this framework. The notion of an educational relation, characterised by the practice of perpetual introspection and self-improvement, learning and imparting knowledge, and reciprocity in education, has the capacity to engender inclusivity. This is particularly evident when education is conceptualised as a means of nurturing individuals⁴¹. An exemplary illustration of this phenomenon can be observed in the case of a child requiring support due to their personal circumstances, such as disabilities. In these cases, the PEI assumes both legal and pedagogical significance⁴².

It is imperative that the school environment is free from all forms of discrimination, encompassing not only disability but also other pertinent considerations, both within the physical sphere and the digital domain of emerging technologies⁴³. The commitment to non-discrimination is essential, yet it alone is insufficient; further efforts are required to ensure the promotion of individuality among all members of the community. Inclusion, therefore, is not merely integration or admission to a group, but rather the provision of opportunities for all individuals to express their abilities to the fullest extent, employing a choral approach⁴⁴.

⁴⁰ The formal establishment of civic education in school curricula was achieved by Law No. 92 of 2019, which introduced a programme of study encompassing the Constitution of the Italian Republic, sustainable development and digital citizenship.

⁴¹ R. MONTANI, *Fare il "possibile"*, in R. CALDIN e V. FRISO (ed.), *Pensare, Fare, Diffondere Cultura Inclusiva*, Padova, University press, 2012.

⁴² T. ZAPPATERRA - D. FANTOZZI - M. SANNIPOLI (ed.), *Formare insegnanti ed educatori inclusivi. I curricoli formativi per la disabilità nello scenario attuale*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 15, n. 25, 2023.

⁴³ A. THIENE - E. MARESCOTTI (ed.), *La scuola al tempo dei social network*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 9, n. 13, 2017.

⁴⁴ T. ZAPPATERRA, *Progettare attività didattiche inclusive. Strumenti, tecnologie e ambienti formativi universali*, Milano, Guerini e associati, 2022.

The idea of chorality suggests that the school is not alone in its efforts, but rather is complemented and benefitted by the collaboration of the family, especially in the context of relational and affective literacy⁴⁵. In accordance with Art. 7, l. 92/2019, the school enhances its cross-curricular teaching of civic education and raises students' awareness of responsible citizenship by strengthening its collaboration with families.

The return to civil law is thus made in the context of family law⁴⁶, with the rights of the person with disability being enhanced within the family, the social formation in which their personality takes shape, in consideration of the status of the child⁴⁷. The legal framework has undergone significant changes with the enactment of Law No. 219 of 2012, which has led to the removal of the previous distinction between legitimate and natural children and the establishment of a uniform *status filiationis*⁴⁸. An important development in the Civil Code is the introduction of a statute of the child's rights, as outlined in Article 315 *bis*. This statute encompasses various rights for children, including the right to education, upbringing, and moral assistance from their parents. It is crucial to emphasise that these rights are to be exercised in a manner that respects the child's abilities, natural inclinations, and aspirations⁴⁹.

A more effective protection of the rights of the person with disabilities, including the right to education, can perhaps be achieved with the help of the public

⁴⁵ On the relationship between school and family, E. MARESCOTTI - A. THIENE (ed.), *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, 2018, v. 10, n. 15-16.

⁴⁶ Cf. G. DI ROSA, *I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 806 ss.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 72 ss., now in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 425 ss. Cf. R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, Jovene, 2013.

⁴⁸ C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.

⁴⁹ M. MANTOVANI, *Lo stato di figlio. Artt. 231 -249*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2022.

institution⁵⁰, through dialogue and support for the families, to realise this right to moral assistance. Or, to use the words of Cesare Massimo Bianca, right to love⁵¹.

Riferimenti Bibliografici

G. Alpa, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile*, I, directed by Alpa e Bessone, Torino, Utet, 1987, 6 ss.

G. Barone - G. Vecchio, *Il diritto all'istruzione come «diritto sociale». Oltre il paradigma economicistico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

L. Bellatalla, *Il mio Dewey. Riflessioni sull'eredità deweyana*, Roma, Anicia, 2016.

C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.

C.M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014.

P. Caselli, *Le emanazioni dell'Unione Europea sull'ECEC: dal Libro Verde del 1993 alla Strategia "Europa 2020"*, in C. Silva (ed.), *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, Pisa, ETS, 2016, 95 ss.

P. Cendon, *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Milano, Rizzoli, 2018.

M. Cocconi, *Il compimento del cantiere della c.d. Buona scuola*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2017, 461 ss.

⁵⁰ Cf. P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO (ed.), *Famiglia e matrimonio*, I, in *Trattato di diritto di famiglia*, directed by P. Zatti, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss., especially 29 ss.; ID., *Familia, familiae - declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9 ss., especially 36 ss.

⁵¹ C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2014, 775.

A. Cordiano, *Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità*, in A. Cordiano e R. Senigaglia (ed.), *Diritto civile minorile*, 2^a ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024, 263 ss.

S. Corso, *Diritto all'educazione e all'istruzione del bambino con disabilità e strumenti di tutela. Il Piano educativo individualizzato (PEI)*, in *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2021, n. 191, 56 ss.

S. Corso, *Sui diritti della persona minore di età nella scuola. Il ruolo dell'educazione inclusiva*, in *Pampaedia (Bollettino As.Pe.I.)*, 2022, n. 193, 55 ss.

J. Dewey, *Democracy and education*, 1916, New York, Macmillan.

G. Di Rosa, *I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 806 ss.

M. Franzoni, *La responsabilità civile una lunga storia ancora da scrivere*, in *Contr. e impr.*, 2021, 1103 ss.

Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, Jovene, 2019.

F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, Jovene, 1984.

S. Giova, *Minori in condizione di particolare vulnerabilità*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2022, n. 3, 167 ss.

M. Grondona, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

M. Lottini, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm. TAR*, 2011, 2403 ss.

A. Malomo, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

M. Mantovani, *Lo stato di figlio. Artt. 231 -249*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, Giuffrè, 2022.

E. Marescotti - A. Thiene (ed.), *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore. La responsabilità genitoriale tra diritti e doveri, sostegno e formazione alla genitorialità, interazioni con le istituzioni educative*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, vol. 10, n. 15-16, 2018.

R. Montani, *Fare il "possibile"*, in R. Caldin e V. Friso (ed.), *Pensare, Fare, Diffondere Cultura Inclusiva*, Padova, University press, 2012.

P. Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 72 ss., now in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 425 ss.

P. Perlingieri, *La libertà di educazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 674 ss., now in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 205 ss.

P. Perlingieri, *Diritto allo studio uguale per tutti. A margine della sentenza n. 454 del 1994 della Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 386 ss., now in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, 547 ss.

P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

A. Plaia, *Il TAR Sicilia e il TAR Toscana smentiscono il «revirement» delle Sezioni Unite e ribadiscono la giurisdizione amministrativa in tema di diritto al sostegno scolastico del disabile*, in *Dir. civ. cont.*, 17 dicembre 2014.

U. Pototschnig, «Istruzione (diritto alla)», in *Enc. del dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 96 ss.

A. Poggi, nel *Commentario alla Costituzione*, edited by R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, agg. 2024 in *OneLegale*, sub art. 34 Cost.

M.E. Quadrato, *Il soggetto disabile tra capacità e discriminazione. L'illusione della normalità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 275 ss.

S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

C. Salvi, *La responsabilità civile*, 3^a ed., in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, Giuffrè, 2019, 313 ss.

A. Sandulli, *Aspetti giuspubblicistici della posizione dei minori*, in Aa.Vv., *Diritto di famiglia. Raccolta di scritti di colleghi della facoltà giuridica di Roma e di allievi in onore di Rosario Nicolò*, Milano, Giuffrè, 1982, 283 ss.

M.R. Saulle, «Norme standard», in *Enc. del dir.*, agg. II, 1998, Milano, Giuffrè, 591 ss.

M.R. Saulle, *Lezioni di organizzazione internazionale*, II, *Le organizzazioni internazionali e i diritti umani*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, Jovene, 2013.

R. Senigaglia (ed.), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritti minorile*, Pisa, Pacini, 2019.

E. Serrao, *I diritti del minore con disabilità*, in *Giur. merito*, 2012, 757 ss.

C. Silva (ed.), *Educazione e cura dell'infanzia nell'Unione Europea*, Pisa, ETS, 2016.

P. Stanzione, «Minori (condizione giuridica dei)», in *Enc. del dir.*, Annali IV, Milano, Giuffrè, 2011, 725 ss.

A. Thiene - E. Marescotti (ed.), *La scuola al tempo dei social network*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 9, n. 13, 2017.

A. Thiene, *La Grammatica dei diritti dei bambini e dei genitori nel pensiero di Gianni Rodari*, in M. Benetton (ed.), *Il cielo è di tutti la terra è di tutti. Gianni Rodari, l'educazione e i diritti dell'infanzia*, 2020, Pisa, ETS, 93 ss.

A. Thiene, *Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2023, 1315 ss.

L. Valle - C. Vitagliano, *Il diritto all'inclusione e il diritto alla non discriminazione in ambito scolastico, il loro riconoscimento e le responsabilità in caso di mancata o incompleta attuazione*, in *www.rivistafamiglia.it*, 13 novembre 2024.

A. Venchiarutti, *I diritti delle persone disabili*, in S. Canestrari et al. (ed.), *Il governo del corpo*, nel *Trattato di biodiritto* directed by S. Rodotà e P. Zatti, I, Milano, Giuffrè, 2011, 173 ss.

T. Zappaterra, *Progettare attività didattiche inclusive. Strumenti, tecnologie e ambienti formativi universali*, Milano, Guerini e associati, 2022.

T. Zappaterra - D. Fantozzi - M. Sannipoli (ed.), *Formare insegnanti ed educatori inclusivi. I curricoli formativi per la disabilità nello scenario attuale*, in *Annali online della didattica e della formazione docente*, v. 15, n. 25, 2023.

P. Zatti, *Familia, familiae - declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9 ss.

P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello (ed.), *Famiglia e matrimonio*, I, nel *Trattato di diritto di famiglia*, directed by P. Zatti, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2011, 3 ss.

COMPORTO E DISABILITA' PROTECTED PERIOD AND DISABILITY

Lorenza Proia¹

DOI: <https://doi.org/10.62140/LP892025>

Sommario: 1. Le fonti. – 2. L'evoluzione della giurisprudenza. – 3. “*Accomodamenti ragionevoli*” e contrattazione collettiva. – 4. “*Accomodamenti ragionevoli*” e situazioni concrete. – 5. La conoscenza della condizione di disabilità.

Riassunto: Il presente scritto affronta le questioni legate all'applicazione al lavoratore disabile del periodo di comporto per la malattia. Dopo aver ricordato il sistema delle fonti sovranazionali e nazionali, viene esaminata l'evoluzione della giurisprudenza, che ha portato all'affermazione del principio in base al quale il datore di lavoro è tenuto ad adottare “*ragionevoli accomodamenti*” per neutralizzare lo svantaggio in cui il lavoratore disabile si trova in conseguenza del maggior rischio di doversi assentare dal lavoro a causa delle malattie collegate alla condizione di disabilità. Si evidenzia, al riguardo, come la contrattazione collettiva non sia lo strumento più idoneo a individuare i necessari “*accomodamenti*”, i quali richiedono misure strettamente legate alle condizioni personali e ai concreti contesti lavorativi. Da ultimo, viene esaminata la questione della rilevanza della conoscenza della condizione di disabilità da parte del datore di lavoro.

¹ Dottoressa in giurisprudenza, email lorenza.proia@hotmail.com

Parole chiave: lavoratore – disabilità – discriminazione - periodo di comporto

Abstract : This paper deals with the issues related to the application of the period of illness to disabled workers. After recalling the system of supranational and national sources, it examines the evolution of jurisprudence, which led to the affirmation of the principle according to which the employer is obliged to adopt "reasonable arrangements" to offset the disadvantage that disabled workers face as a result of their increased risk of having to leave work due to illnesses linked to disability. In this respect, it is evident that collective bargaining is not the most suitable instrument to identify the necessary "accommodations", which require measures closely linked to personal conditions and concrete work contexts. Finally, it is examined how relevant is the awareness of the employer about the employee's status of disability.

Keywords : worker – disability – discrimination – protected period -illness

1. Il Tema del Comporto per il Lavoratore Disabile Coinvolge L'esame di Diverse Fonti Normative, che è Opportuno Ricordare Almeno in Modo Sintetico.

Anzitutto, rileva l'art. 2110 Cod. civ. che, nel sancire il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro in caso di assenza per malattia (art. 2110 Cod. civ.), demanda a fonti integrative² il compito di determinare quale sia il periodo massimo di assenza (cd. periodo di comporto) che il datore di lavoro è obbligato a

² Ossia, alle leggi speciali, ai contratti collettivi (così dovendo interpretarsi il riferimento alle norme corporative), agli usi e all'equità.

tollerare (oltretutto il compito di determinare quale sia il trattamento economico spettante durante il periodo di assenza)³.

Si può, quindi, osservare, come primo dato di partenza, che la disciplina nazionale da cui deriva il diritto dei lavoratori di non essere licenziati durante il periodo di comportamento per malattia non prende in considerazione la condizione di disabilità. Quest'ultima, infatti, come affermato dalla giurisprudenza, non coincide con la nozione di malattia⁴. Dal che, si potrebbe persino sollevare il dubbio che l'art. 2110 Cod. civ. configuri esso stesso una forma di “discriminazione indiretta” perché, non prendendo in considerazione la situazione del lavoratore disabile rispetto al rischio di essere licenziato per il superamento del periodo di comportamento, detta una disposizione solo apparentemente neutra, ma in realtà tale da mettere il lavoratore disabile in una posizione di particolare svantaggio rispetto al lavoratore che disabile non è⁵.

V'è da rilevare, poi, che una specifica considerazione della condizione di disabilità non è rinvenibile nemmeno nella disciplina del comportamento prevista dalla contrattazione collettiva, principale fonte integrativa dell'art. 2110 Cod. civ.. Ed infatti, il contenzioso che si è sviluppato in merito al licenziamento del lavoratore disabile per il superamento del periodo di comportamento trae origine proprio dalle clausole dei contratti collettivi le quali, solitamente, stabiliscono la durata di tale periodo in modo uniforme, senza operare distinzioni in base alla natura della patologia e senza tenere conto di eventuali condizioni soggettive che possano

³ Per una ricostruzione sistematica, si veda DEL PUNTA, *Art. 2110. Infortunio, malattia, gravidanza, puerperio*, in *Codice commentato del lavoro*, a cura di DEL PUNTA – SCARPELLI, Wolters Kluwer, 2020, 510 ss..

⁴ Cfr., C. Giust. 11 luglio 2006, C-13/05; C. Giust. 4 luglio 2013, C-312/11; C. Giust. 10 febbraio 2022, C-485/20, in *LG*, 2022, p. 801, con nota di COSIO, *i ragionevoli accomodamenti nel dialogo delle alte Corti*. Nella giurisprudenza nazionale, si veda Cass. 21 maggio 2019 n. 13649, in *GI*, 2019, p. 2470, con nota di PASQUARELLA, *Licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e tutela multilivello dei disabili*, Cass. 31 marzo 2023 n. 9095, in *GI*, 2023, p. 2143, con nota di FILIP, *Superamento del periodo per malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*.

⁵ Un tale dubbio, tuttavia, non sarebbe fondato, perché come si vedrà oltre, il legislatore nazionale, con il d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216, ha previsto, direttamente a carico del datore di lavoro l'obbligo di adottare gli “accomodamenti ragionevoli” necessari per neutralizzare lo svantaggio derivante dalla condizione di disabilità. Al riguardo, si veda GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *ADL*, 2019, I, p. 1211 ss.. MARESCA, *Disabilità e superamento del periodo di comportamento*, *LDE*, 2024, 12.

rendere il lavoratore maggiormente esposto al rischio di ammalarsi. Soltanto in alcuni casi la disciplina sindacale prevede condizioni di miglior favore per il lavoratore affetto da malattie di particolare gravità, ma mai queste sono specificamente considerate nella loro possibile connessione con una condizione di disabilità⁶.

Sul tema in esame, rileva, poi, l'art. 32 Cost., che, riconoscendo il diritto alla “salute”, sollecita il legislatore a predisporre una specifica protezione per il lavoratore malato, e, ancor più specifica, per il lavoratore disabile. Può essere menzionata, al riguardo, la recente ordinanza del 5 settembre 2024, n. 23874, con cui le Sezioni Unite, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, nella parte in cui prevede che il termine per l'impugnazione del licenziamento possa decorrere anche nel caso in cui il lavoratore si trovi in una condizione di incapacità naturale di intendere e di volere. Le Sezioni Unite, infatti, hanno ritenuto come tale disposizione, oltre a contrastare con altri precetti costituzionali, violi sia l'art. 32 Cost., sia gli artt. 127 e 11 Cost., comportando, nel caso di incapacità derivante da disabilità, una forma di discriminazione indiretta.

E qui si arriva al terzo, fondamentale, ordine di fonti, che si pone al cuore del tema in esame, costituito dalle fonti internazionali (Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 18) e comunitarie (direttiva 2000/78/CE del 27 novembre 2000, recepita dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216)⁷.

In particolare, la direttiva 2000/78, dopo aver precisato che il principio della parità di trattamento, deve intendersi come “*assenza di qualsiasi discriminazione*

⁶ Cfr., VARVA, *Discriminazione per handicap e comporto adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, in RIDL, 2023, i, 545 ss..

⁷ Si veda, da ultimo, LAMBERTUCCI, *Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli*, in Dir. merc. lav., 2024, 238 ss.. Cfr., anche, NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in VTDL, 2020, P. 879 SS.; DI GREGORIO, *Il principio di non discriminazione nella tutela dei diritti delle persone con disabilità*, in RCD, 2019, p. 549 ss.; LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in LA MACCHIA, *Disabilità e lavoro*, Futura, 2009, p. 33 ss..

diretta o indiretta”, individua come discriminazione indiretta le ipotesi in cui “una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone”. Precisa, infine, che fa eccezione a tale regola, con riguardo alle persone disabili, il caso in cui il datore di lavoro pubblico o privato sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare “*misure adeguate*” al fine di ovviare agli svantaggi provocati dalla disposizione, dal criterio o dalla prassi che, pur apparentemente neutri, determinano la discriminazione indiretta⁸.

2. Pur in presenza di disposizioni di principio così chiare, la questione della legittimità della previsione di un periodo di comportamento unico ed indifferenziato per tutti i lavoratori non è emersa nell’ordinamento nazionale sino a quando l’attenzione su di essa non è stata richiamata dalla Corte di Giustizia UE.

Secondo la giurisprudenza di quest’ultima, infatti, il lavoratore disabile, rispetto al lavoratore non disabile, “*è esposto al rischio ulteriore di una malattia collegata al suo handicap*”, dal quale consegue un rischio maggiore di doversi assentare dal lavoro e di essere licenziato per aver superato il periodo di comportamento. La Corte di Giustizia ha, quindi, avvertito che la mancata considerazione di tale rischio “*potrebbe mettere i lavoratori disabili in una posizione di particolare svantaggio, realizzando una discriminazione indiretta, ai sensi dell’art. 2, par. 2, lett. b), Dir. 2000/78/CE*”⁹.

Nonostante qualche pronuncia contraria in sede di merito¹⁰, la giurisprudenza della Cassazione pare essersi prontamente adeguata ai principi impartiti dalla Corte di Giustizia, avendo già ripetutamente affermato che le clausole

⁸ Tali “*misure adeguate*” devono essere adottate “*conformemente ai principi*” dettati dall’art. 5 della stessa direttiva, in base ai quali “*per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli*”, vale a dire, secondo la locuzione utilizzata dall’art. 3-bis del d. lgs. n. 216 del 2003, “*accomodamenti ragionevoli*”.

⁹ Si veda C. Giust., 18 gennaio 2018, causa C-270/16, *Conejero*, in *DeG*, 2018, con nota di GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza Conejero (c-270/16)*, in *RGL*, 2018, II, 271 ss.. Si veda, anche, C. Giust. 18 gennaio 2018, C-335-337/11.

¹⁰ Cfr., da ultimo, Trib. Lodi 12 settembre 2022, n. 19, in www.bollettinoadapt.it. Si veda, altresì, la discussa ordinanza del Trib. Ravenna 4 gennaio 2024, di rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia.

dei contratti collettivi che prevedono un periodo di comportamento unico e indifferenziato configurano una discriminazione indiretta, e sono nulle, perché, pur essendo “*apparentemente neutre*”, hanno l’effetto di porre le persone portatrici di un *handicap* “*in una posizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori*”¹¹.

Ne deriva che il licenziamento intimato dal datore di lavoro al lavoratore disabile per il superamento del periodo di comportamento stabilito da quelle clausole collettive è anch’esso discriminatorio perché il datore di lavoro avrebbe dovuto provvedere a realizzare quell’“*accomodamento ragionevole*” che le fonti sovranazionali e nazionali impongono al fine di neutralizzare la posizione di particolare svantaggio nella quale il disabile è posto da disposizioni, criteri o prassi apparentemente neutre¹².

Da quanto si è detto risulta definitivamente riconosciuto il diritto del lavoratore disabile a che il datore di lavoro appresti un “*ragionevole accomodamento*” anche rispetto allo specifico rischio ulteriore di incorrere in malattie collegate alla condizione di disabilità (e quindi al maggior rischio di essere licenziato per il superamento del periodo di comportamento).

3. E’ evidente, però, che la tutela del lavoratore disabile non può essere soltanto quella assicurata, *ex post*, dal contenzioso giudiziario relativo all’impugnativa del licenziamento che il lavoratore abbia subito, in quanto l’effettiva realizzazione del principio della parità di trattamento presuppone, ed anzi esige, che

¹¹ Cfr. Cass. 31 marzo 2023, n. 9095; Cass. 2 maggio 2024, n. 11731; Cass. 23 maggio 2024, n. 14402. In dottrina, si veda FRANZA, *Quando l’effettività genera paradossi. Sull’esclusione del periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità*, in LG, 2022, p. 62 ss.; GRECO, *Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento del lavoratore disabile*, in VTDL, 2024, 69 ss.; BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comportamento*, in LG, 2023, p. 25 ss.; DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in ADL, 2023, II, p. 241 ss.; DONINI, *L’applicazione indistinta del comporto e discriminatorietà se la malattia è riconducibile a disabilità*, in RIDL, 2023, II, p. 254 ss.; CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e divieto di licenziamento per disabilità*, in LG, 2022, p. 1125 ss..

¹² Al riguardo, si veda RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018, p. 181 ss.; GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in WP C-S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – n. 261/2015, p. 7 ss.; CASALE, *L’idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bonomia University Press, 2013, p. 38; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005, p. 403.

il mondo del lavoro individui, in via preventiva, i ragionevoli accomodamenti necessari per garantire il superamento della posizione di svantaggio.

Tuttavia, vi è notevole incertezza in ordine a quali siano in concreto le soluzioni ipotizzabili, perché il contenuto degli accomodamenti ragionevoli è strutturalmente indeterminato. Le esemplificazioni più ricorrenti, peraltro, riferiscono gli accomodamenti ragionevoli ad altri tipi di esigenze, quali la sistemazione e l'adattamento del posto di lavoro, l'acquisizione di strumenti tecnici di assistenza, misure di carattere organizzativo, la redistribuzione dei tempi di lavoro o l'adeguamento delle mansioni¹³.

Neppure la giurisprudenza ha offerto indicazioni univoche. In linea di principio, viene affermato che la disciplina sindacale dovrebbe prevedere *“una differenziata soglia di tollerabilità per i lavoratori disabili rispetto a quella prevista per coloro che tali non sono”*, ma *“a titolo esemplificativo”* vengono indicate più ipotesi di soluzione tra loro alternative, quali: a) *“un allungamento del periodo di comporta ai sensi dell'art. 2110, comma 2, c.c.”*; b) *“l'espunzione dal comporta di periodi di malattia connessi allo stato di disabilità”*; c) *“altre misure da scegliere in relazione alla particolarità della fattispecie”*¹⁴.

Sembrerebbe, dunque, che la giurisprudenza ritenga che, al fine di eliminare la posizione di svantaggio di cui discutiamo, la soluzione possa, e forse debba, essere individuata in concreto dalle stesse organizzazioni sindacali¹⁵, le quali sarebbero, così, tenute a rivedere l'attuale disciplina di conservazione del posto di lavoro nel caso di malattia, attualmente ancora basato sulla fissazione di periodi di comporta indifferenziati.

A tal fine, però, non si registrano concrete iniziative da parte della contrattazione collettiva. E ciò è ben comprensibile, in quanto la disciplina di fonte intersindacale, essendo per funzione e vocazione orientata a prevedere regole uniformi, non pare essere realmente lo strumento idoneo a tenere conto delle

¹³ Cfr. M. SALVAGNI, *Nozione eurounitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli*, LDE, 2024, 8.

¹⁴ Cfr. Cass. 23 maggio 2024, n. 14402.

¹⁵ Cfr. MOLE', *Un binomio che discrimina: la morbidità del lavoratore disabile e l'applicazione del periodo di comporta breve. Parola alla contrattazione collettiva*, in DRI, 2023, p. 819 ss..

diverse condizioni di disabilità, le quali sono, per loro origine, multifattoriali e, quindi, esigono accomodamenti diversi.

Va ricordato, infatti, che la stessa Convenzione dell'ONU individua le persone con disabilità in *“coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive e sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di eguaglianza con gli altri”*¹⁶. La disabilità è, quindi, una nozione bio-psico-sociale, dal contenuto *“relativo”* o *“relazionale”*¹⁷, che ricomprende condizioni eterogenee sotto un duplice profilo, perché collegate sia alla natura della menomazione (che può essere fisica, mentale o psichica), sia alla interrelazione con ostacoli *“di diversa natura”* che, nei diversi contesti lavorativi, possono incidere sulla vita professionale.

Da ciò deriva anche che la condizione di disabilità che rileva ai fini in esame non solo non coincide con lo stato di malattia che giustifica l'assenza dal lavoro, ma non coincide nemmeno con la disabilità definita dalla legge n. 68 del 1999. Inoltre, è da considerare che, proprio per la loro eterogeneità, le condizioni di disabilità possono essere più o meno incidenti sulla vita professionale delle singole persone, e, soprattutto, incidere in modo anche molto diverso sulla possibilità di comportare un aggravamento del rischio di malattia rispetto a quello che *“incombe”* sul lavoratore non disabile¹⁸.

In questa situazione, dunque, la contrattazione collettiva potrebbe prevedere disposizioni di principio o, al più, predisporre modelli di tutela riferiti a categorie di contesti lavorativi caratterizzati da condizioni omogenee. Ma non pare

¹⁶ A tale definizione si adegua ora l'ordinamento nazionale con l'art. 3 del d. lgs. 3 maggio 2024, n. 62 (avente ad oggetto la riforma dell'intera disciplina della disabilità). Peraltro, già l'art. 1, comma 1, lett. c) del d. lgs. n. 151/2015 aveva prefigurato la revisione delle procedure di accertamento delle condizioni di disabilità, nella direzione della valutazione bio-psico-sociale e dell'interazione persona-ambiente (cfr., anche, le linee guida in materia di collocamento mirato emanato con il d. m. 11 marzo 2022, n. 43). Al riguardo, LAMBERTUCCI, *Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli*, cit., 238 ss.; FERRARA, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato “personalizzato” e la soluzione ragionevole “a responsabilità condivisa”*?, in *VTDL*, 2020, p. 923 ss..

¹⁷ Così C. Giust. 18 gennaio 2018, C-335-337/11.

¹⁸ Cfr. MARESCA, *Disabilità e superamento del periodo di comporto*, cit., 12. Si veda, anche, VARVA, *Discriminazione per handicap e comporto adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, cit., 545 ss..

che possa assicurare quelle soluzioni specifiche che le diverse condizioni di disabilità, soggettive e ambientali, richiedono.

4. In ultima analisi, dunque, sembra di poter dire che gli “*accomodamenti ragionevoli*”, diretti a neutralizzare la situazione di svantaggio del lavoratore disabile rispetto al rischio del licenziamento per il superamento del periodo di comporta, non possano che essere individuati con riferimento alla singola persona e al concreto contesto lavorativo.

L’esame delle fonti già richiamate, infatti, evidenzia che tali accomodamenti devono essere “*mirati*” in base alle peculiari caratteristiche della “*menomazione*” individuale e dell’organizzazione di lavoro in cui la persona è inserita, e non possono essere predefiniti in modo astratto con un indistinto riferimento ad una generica condizione di disabilità¹⁹.

Già nella Convenzione ONU del 2006 è chiaro il riferimento al fatto che gli “*accomodamenti ragionevoli*” devono essere “*appropriati*” e che essi devono essere “*adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l’esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali*”. Ancora più precisamente, il Comitato per i diritti delle persone disabili, nel commento dell’11 aprile 2014 alla Convenzione, ha sottolineato come “*reasonable accommodation (is not related to groups but) is related to individuals*”.

A sua volta, la direttiva 2000/78/CE, nell’utilizzare la locuzione di “*soluzioni ragionevoli*”, chiarisce che i provvedimenti appropriati devono essere individuati “*in funzione delle esigenze delle situazioni concrete*”, ponendo il solo limite che ciò non richieda da parte del datore di lavoro un onere sproporzionato²⁰.

Se, quindi, la sede più idonea per l’individuazione dell’accomodamento ragionevole “*su misura*” (o “*tailor made*”) è quella dello specifico contesto lavorativo ed è necessario avere riguardo alla concreta condizione del disabile, emerge che, come è stato giustamente evidenziato, un presupposto essenziale è che tra il

¹⁹ Si veda, A. RICCARDI, *Disabili e lavoro*, cit., 190.

²⁰ Per verificare se tali misure diano luogo a “*oneri finanziari sproporzionati*”, occorre tener conto “*dei costi finanziari o di altro tipo che esse comportano, delle dimensioni e delle risorse finanziarie dell’organizzazione o dell’impresa e della possibilità di ottenere fondi pubblici o altre sovvenzioni*” (considerando 21).

lavoratore e il datore di lavoro si instauri una “*interlocuzione e un confronto*” personalizzato²¹.

5. Si pone, però, a questo punto, un’ultima questione, oggetto di ampio contenzioso, che riguarda la fattispecie in cui il datore di lavoro giustifichi la mancata adozione di un “*accomodamento ragionevole*” deducendo che il lavoratore disabile non lo abbia informato della sua condizione²².

Trattasi di situazione che si può spesso verificare in concreto in quanto la legge, a tutela dei dati personali sensibili del lavoratore, prevede che la certificazione giustificativa dell’assenza per malattia contenga la prognosi, ma non la diagnosi, della malattia stessa. Né il datore di lavoro può limitarsi a considerare disabili soltanto i lavoratori assunti in adempimento degli obblighi e delle procedure previste dal cd. “*collocamento mirato*”, in quanto la condizione di disabilità protetta dalla disciplina antidiscriminatoria è diversa e più ampia di quella che era alla base della legge 12 marzo 1999, n. 68²³.

Secondo un orientamento della giurisprudenza, la conoscenza da parte del datore di lavoro della condizione di disabilità (e della sua connessione con l’assenza per malattia) non sarebbe rilevante, in quanto il divieto di discriminazione “*opera obiettivamente, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore*”²⁴. E’ stato, però, obiettato che il datore di lavoro è impossibilitato ad adottare “*ragionevoli accomodamenti*” ove non sia informato della condizione di disabilità e della sua natura²⁵.

La giurisprudenza più recente nella Cassazione ha, quindi, rilevato che “*non può negarsi che possa assumere rilevanza la conoscenza o la conoscibilità di un fattore*

²¹ Cfr., da ultimo, BUOSO, *Conferme sull’auspicata differenziazione collettiva del comportamento del disabile e sull’«ineludibile» interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*, RIDL, 20242, II, 383.

²² Cfr. FRANZA, *Quando l’effettività genera paradossi. Sull’esclusione del periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità*, cit., 62 ss..

²³ Cfr., al riguardo, FERRARIS, *La recente giurisprudenza sul collocamento delle persone disabili: assestamenti del “diritto diseguale”*, in ADL, 2012, II, p. 309 ss..

²⁴ Così Cass. 31 marzo 2023, n. 9095. Si veda, pure, Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, e, nella giurisprudenza di merito, T. Verona 21 marzo 2021, T. Mantova 21 settembre 2021. A. Milano 9 dicembre 2022, A. Napoli 17 gennaio 2023.

²⁵ Così FRANZA, *Quando l’effettività genera paradossi. Sull’esclusione del periodo di comportamento della malattia imputabile a disabilità*, in cit., 62 ss.. Si veda, anche BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio*, cit., p. 29; DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure*, cit., p. 252; GAROFALO D., *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, DRI, 2023, p. 357 ss. e p. 383; FILI, *Superamento del comporto*, cit., p. 2150.

*discriminatorio, ai fini dell'accertamento della sussistenza di una esimente per il datore di lavoro al fine di rendere praticabili gli accomodamenti ragionevoli*²⁶. In particolare, è stato osservato che, in base all'art. 2 della Convenzione ONU, è una forma di discriminazione *“il rifiuto di accomodamento ragionevole”* ed è evidente che *“può rifiutarsi solo ciò che risulta oggetto di una richiesta, di una istanza”*²⁷. Inoltre, nel Commento generale n. 6, adottato nel 2018, il Comitato per i diritti delle persone con disabilità definisce *“l'obbligo di fornire soluzioni ragionevoli un dovere reattivo individualizzato che viene attivato nel momento in cui viene fatta la richiesta di accomodamento”*.

Anche Cass. 2 maggio 2024, n. 11731, muove dal presupposto che la circostanza della conoscenza da parte del datore di lavoro della condizione di disabilità debba essere allegata e provata dal lavoratore, precisando, però, che, a tal fine, operano i medesimi principi di attenuazione dell'onere della prova previsti, in materia antidiscriminatoria, dall'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva 2006/54²⁸.

Ne consegue che il lavoratore, il quale deve *“fornire elementi fattuali che, anche se privi delle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza devono rendere plausibile l'esistenza della discriminazione”*, deve fornire allo stesso modo elementi fattuali idonei a far presumere che il datore di lavoro avesse consapevolezza della condizione di disabilità²⁹. Pertanto, una volta che il lavoratore abbia fornito tali elementi fattuali, si verifica la parziale inversione dell'onere probatorio, per effetto della quale sarà onere del datore di lavoro dimostrare l'insussistenza della condotta discriminatoria. In sostanza, la presunzione derivante dagli elementi di fatto offerti dal lavoratore, che siano idonei a rendere *“plausibile”* la conoscenza da parte del datore di lavoro della sua condizione di disabilità, ridonda negativamente sulla posizione del datore di lavoro che non possa fornire la prova contraria.

Non v'è dubbio, in conclusione, che è la finalità stessa degli *“accomodamenti ragionevoli”* a richiedere, come essenziale, una partecipazione attiva da parte del

²⁶ Così Cass. 23 maggio 2024, n. 14402.

²⁷ Così, ancora Cass. n. 14402 del 2024, citata.

²⁸ Sull'interpretazione dell'art. 19 della direttiva 2006/54, si veda Corte Giustizia Ue 21 luglio 2011, C-104/10).

²⁹ Così, ancora, Cass. 2 maggio 2024, n. 11731, punti 7.1 e 7.2 della motivazione.

lavoratore, che presuppone, logicamente, da parte di questi un onere di cooperazione. E una tale cooperazione non sembra non possa implicare anche un onere di informazione, tenuto conto che, per individuare in modo “*mirato*” la misura di accomodamento al caso concreto, non è neppure sufficiente la mera conoscenza generica della “*menomazione*” del lavoratore, occorrendo anche conoscerne la natura.

In questa direzione, sembra opportunamente muoversi il già citato d.lgs. n. 62 del 2024, il quale, nel dettare una riforma organica della disciplina della disabilità, stabilisce che “*La persona con disabilità (...) ha **facoltà di richiedere**, con apposita istanza scritta, (tra gli altri) ai soggetti privati l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche formulando una proposta" e partecipando "al procedimento dell'individuazione dell'accomodamento ragionevole"*³⁰.

Bibliografia

- BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comporto*, in LG, 2023
- BUOSO, *Conferme sull'auspicata differenziazione collettiva del comporto del disabile e sull'«ineludibile» interlocuzione alla base degli accomodamenti ragionevoli*, RIDL, 2024
- CASALE, *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, Bonomia University Press, 2013
- COSIO, *i ragionevoli accomodamenti nel dialogo delle alte Corti*, in LG, 2022
- CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto e divieto di licenziamento per disabilità*, in LG, 2022
- DAGNINO, *Comporto, disabilità e disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in ADL, 2023
- DEL PUNTA, *Art. 2110. Infortunio, malattia, gravidanza, puerperio*, in *Codice commentato del lavoro*, 2020
- DI GREGORIO, *Il principio di non discriminazione nella tutela dei diritti delle persone con disabilità*, in RCD, 2019

³⁰ Cfr. art. 5-*bis* della legge n. 104 del 1992, inserito dall'art. 17 del d.lgs. n. 62 del 2024.

DONINI, *L'applicazione indistinta del comporto e discriminatorietà se la malattia è riconducibile a disabilità*, in RIDL, 2023

FERRARIS, *La recente giurisprudenza sul collocamento delle persone disabili: assestamenti del "diritto diseguale"*, in ADL, 2012

FERRARA, *L'avviamento al lavoro dei disabili: verso il collocamento mirato "personalizzato" e la soluzione ragionevole "a responsabilità condivisa"?*, in VTDL, 2020

FILIP, *Superamento del comporto per malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, in GI, 2023

FRANZA, *Quando l'effettività genera paradossi. Sull'esclusione del periodo di comporto della malattia imputabile a disabilità*, in LG, 2022

GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in ADL, 2019

GAROFALO D., *La risoluzione del rapporto di lavoro per malattia*, DRI, 2023

GIUBBONI, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in WP C-S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – n. 261/2015

GRECO, *Il licenziamento per superamento del periodo di comporto del lavoratore disabile*, in VTDL, 2024

GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza Conejero (c-270/16)*, in RGL, 2018

IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, 2005

LAMBERTUCCI, *Nuove frontiere della disabilità: soggetti protetti e accomodamenti ragionevoli*, in Dir. merc. lav., 2024

LOY, *La disabilità nelle fonti internazionali*, in LA MACCHIA, *Disabilità e lavoro*, Futura, 2009

MARESCA, *Disabilità e superamento del periodo di comporto*, LDE, 2024

MOLE', *Un binomio che discrimina: la morbidità del lavoratore disabile e l'applicazione del periodo di comporto breve. Parola alla contrattazione collettiva*, in DRI, 2023

NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in VTDL, 2020

PASQUARELLA, *Licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e tutela multilivello dei disabili*, in GI, 2019

RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018

SALVAGNI, *Nozione eurounitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli*, LDE, 2024

VARVA, *Discriminazione per handicap e comportamento adeguato ai lavoratori con disabilità: questioni emergenti dalla recente giurisprudenza*, in RIDL, 2023

INCLUSIVITY OR SPECIALIZATION? LEGAL FRAMEWORKS, GOVERNANCE MODELS, AND ESG-DRIVEN OPPORTUNITIES FOR PARA AND ABLE-BODIED FEDERATIONS AND CLUBS

Federico Lubian¹

Università di Padova

DOI: <https://doi.org/10.62140/FL1032025>

Summary: 1. The “Right to Sport” and Inclusivity: Fundamental Rights in Compared legal systems, 2. Governance Structures: Inclusivity and Specialisation through Integrated and Specialised Models; 3. Hybrid Models: Partnerships with Professional Teams and Role of Foundations; 4. Few Conclusive Remarks for a Strategic Proposal: Federations as Incubators

Keywords: Sports Governance; Para-Sports Regulation; Inclusivity and Specialization; ESG and Sports Funding

Abstract: The governance of para-sports presents a complex legal challenge, requiring a balance between inclusivity and specialization. This article examines comparative legal frameworks, including constitutional and statutory provisions in Italy, Brazil, the United Kingdom, and Australia, alongside supranational regulations such as the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and the European Sports Charter, to assess their impact on sports governance structures. The study analyses integrated, specialized, and hybrid

¹ PhD Researcher, Department of Political and Legal Sciences and International Studies, Università di Padova. <https://orcid.org/0000-0002-3464-3413>, federico.lubian@gmail.com – federico.lubian@phd.unipd.it

governance models across different federations. Some adopt fully integrated approaches, where para-athletes and able-bodied athletes compete under a unified framework with shared resources and oversight. In contrast, rugby maintains a specialized model, with World Rugby and World Wheelchair Rugby (WWR) operating independently, ensuring regulatory autonomy while coordinating for Paralympic events. The United Kingdom’s hybrid model, where professional rugby clubs collaborate with wheelchair rugby teams, fosters resource-sharing and branding opportunities while maintaining institutional independence for para-athletes. The article further explores how Environmental, Social, and Governance (ESG) and Corporate Social Responsibility (CSR) commitments offer new funding pathways for inclusive sports. It proposes positioning sports federations as ESG projects incubators, enabling corporate sponsors to integrate para and able-bodied sports’ initiatives into corporate sustainability and compliance frameworks as well as reporting. This model enhances financial sustainability while promoting accessibility, offering a viable roadmap for equitable governance in para and able-bodied sports.

The “Right to Sport” and Inclusivity: Fundamental Rights in Compared Legal Systems

The recognition of the right to participate in sports as a fundamental component of human dignity and equality has gained traction across jurisdictions, underpinned by its classification as a human right in key international legal instruments. This right is embedded in universal human rights frameworks, regional charters, and international sports governance documents, shaping a variety of constitutional, statutory, and policy-based approaches across national legal systems.² These legal frameworks influence the governance and funding of sports, shaping the

² The right to participate in sport is recognized as a human right under Article 27(1) of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) and Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), which legally binds signatory states to promote access to cultural, artistic, and sporting activities. The Council of Europe’s Sport for All Charter (1975, revised 1992) and the UNESCO International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sport (1978, revised 2015) reaffirm sport as an essential right, requiring legislative measures to eliminate participation barriers. The Olympic Charter, in Fundamental Principle 4, further guarantees sport as a human right, ensuring universal and non-discriminatory access. UN member states ratifying the ICESCR and other treaties must report on their compliance.

accessibility and inclusivity of athletic opportunities for para-athletes. An examination of selected jurisdictions - Italy, Brazil, the United Kingdom, Australia, and the European Union - reveals the interplay between legal obligations and the operational structures of sports federations, highlighting the diverse pathways to achieving equity and inclusivity.

In Italy, the constitutional recognition of sports as a public good was significantly reinforced by the 2023 amendment to Article 33 of the Italian Constitution, which “acknowledges the educational, social, and health benefits of sports activities in all forms.”³ While this provision does not explicitly mandate inclusivity for para-athletes, Italy’s ratification of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) in 2009 obliges the state to ensure equal access to sports for persons with disabilities.⁴ CRPD provides a detailed framework for States Parties to achieve this goal, emphasizing the need to promote the participation of persons with disabilities in mainstream sporting activities, ensure access to venues and services, and support the development of disability-specific sports.⁵ Furthermore, it mandates equal access for children with disabilities to participate in school-based sporting and recreational activities, reflecting a commitment to fostering inclusion from an early age.

This dual legal foundation, rooted in both domestic constitutional principles and binding international obligations, may entail profound implications for national sports governance. It compels sports federations to implement inclusive practices, such as integrating para-athletes into governance structures, ensuring proportional resource allocation, and adapting facilities to meet accessibility standards. The

³ The original Italian version reads: “*La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell’attività sportiva in tutte le sue forme*”.

⁴ Italy ratified the CRPD through Law No. 18 of 3 March 2009, published in the Official Gazette No. 61 of 14 March 2009. The Optional Protocol was ratified on 15 May 2009. Full text: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2009-03-03;18>.

⁵ Cf. art. 30.5 of the United Nations, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted 13 December 2006, entered into force 3 May 2008, 2515 UNTS 3 <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities> and WESTON, Maureen A. The International Right to Sport for People with Disabilities, 28 Marq. Sports L. Rev. 1 (2017), available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/sportslaw/vol28/iss1/2>.

alignment of constitutional and international legal frameworks exemplifies a cohesive approach to embedding equity in sports governance, influencing the policies and institutional behaviour of federations. This model offers valuable insights into how legal obligations can drive systemic inclusivity, serving as a point of comparison for other jurisdictions that have similarly ratified the CRPD, such as the United Kingdom⁶, Australia,⁷ and Brazil.⁸

Brazil offers a robust constitutional model that explicitly enshrines the right to sports in Article 217 of its Federal Constitution.⁹ The provision mandates the state to promote sports development, prioritizing educational and participatory sports while ensuring proportional support for high-performance activities. Furthermore, it emphasizes differentiated treatment for athletes with disabilities, reflecting a commitment to equity. Practical measures such as the Bolsa Atleta program operationalize this constitutional mandate, providing financial support to para-athletes alongside their able-bodied counterparts. This constitutional embedding ensures that para-sports are integrated into Brazil's broader sports ecosystem, reducing the risk of marginalization and fostering sustainable development.

The United Kingdom and Australia rely on statutory mechanisms rather than explicit constitutional provisions to promote inclusivity in sports, reflecting the flexibility and adaptability of their respective legal frameworks. In the UK, the Equality Act 2010 establishes a legal obligation for non-discrimination and equal access to sporting opportunities, with public bodies such as UK Sport and Sport

⁶ The United Kingdom ratified the CRPD on 8 June 2009 and the Optional Protocol on 7 August 2009. Cf.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238084/7905.pdf.

⁷ Australia ratified the CRPD on 17 July 2008 and the Optional Protocol on 21 August 2009. Cf. <https://www.dss.gov.au/our-responsibilities/disability-and-carers/program-services/government-international/un-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities>.

⁸ Brazil ratified the CRPD through Legislative Decree No. 186 of 9 July 2008, promulgated by Decree No. 6,949 of 25 August 2009. The Optional Protocol was ratified on 1 August 2008. Full text: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

⁹ Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

England conditioning funding on compliance with inclusivity standards.¹⁰ This system, while lacking direct constitutional guarantees, operates effectively through legislative enforcement and strategic funding mechanisms. Similarly, Australia's Disability Discrimination Act 1992 mandates equitable access to sports for individuals with disabilities, reinforcing a rights-based approach that aligns with its commitments under the CRPD.¹¹ Institutional implementation is supported by the Australian Sports Commission, which integrates para-athlete development within high-performance structures, and initiatives such as the Sporting Schools program, promoting para-sports at the grassroots level. These frameworks illustrate how statutory and policy-based approaches, when supported by robust enforcement mechanisms and targeted funding, can achieve substantive inclusivity in sports governance.

The supranational framework for inclusivity in sports governance is shaped by multiple legal and policy instruments, among which Article 165 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) holds a central position.¹² This provision mandates that the European Union contribute to the promotion of sporting issues while respecting the autonomy of Member States. It recognizes the social, educational, and cultural role of sport, emphasizing the need for a European dimension in sports policy. Although Article 165 TFEU does not establish an enforceable right to sport, it serves as a foundation for EU actions supporting inclusivity and non-discrimination in sports governance. The EU's involvement in

¹⁰ The Equality Act 2010, mandates non-discrimination and equal access to sports in the UK, requiring service providers to accommodate persons with disabilities. Compliance is reinforced through UK Sport and Sport England funding conditions. Full text: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

¹¹ The Disability Discrimination Act 1992 provides the statutory foundation for disability rights in Australia, including equal access to sports and recreation. Section 28 explicitly prohibits discrimination in sporting activities, ensuring that individuals with disabilities receive fair and equitable treatment in participation, coaching, and facility access. The Act aligns with Australia's commitments under the CRPD, reinforcing institutional implementation through the Australian Sports Commission and initiatives such as Sporting Schools, which promote para-sports at the grassroots level. Full text available at: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A04426>.

¹² Cf. art. 165 TFEU §2. "Union action shall be aimed at: [...] - developing the European dimension in sport, by promoting fairness and openness in sporting competitions and cooperation between bodies responsible for sports, and by protecting the physical and moral integrity of sportsmen and sportswomen, especially the youngest sportsmen and sportswomen."

sports policy is largely facilitative, focusing on cross-border cooperation, the exchange of best practices, and financial support for initiatives that align with the broader objectives of social cohesion and equality. The Charter of Fundamental Rights of the European Union,¹³ particularly Articles 21 and 26, further reinforces these principles by prohibiting discrimination, including on the grounds of disability, and recognizing the rights of persons with disabilities to independence, social and occupational integration, and participation in community life.¹⁴ Within this legal framework, the EU promotes accessibility and equality in sports through targeted funding mechanisms, such as the Erasmus+ Programme, which ties financial support to compliance with inclusivity benchmarks. The European Pillar of Social Rights, proclaimed in 2017, complements these provisions by asserting the right to equal opportunities in all aspects of social participation, including sports, thereby reinforcing the EU's commitment to fostering an inclusive sporting environment.¹⁵

Beyond the EU's legal framework, the Council of Europe has played a pioneering role in shaping sports policy at a continental level. The European Sports Charter, originally adopted in 1975 and revised in 1992, 2001, and most recently in 2021, has provided a policy reference for national governments.¹⁶ While the Charter is not a legally binding instrument, its successive iterations have profoundly influenced sports governance by establishing principles that guide legislative and policy developments across Europe. The 1992 revision emphasized sport for all as a guiding principle, encouraging governments to recognize the social and educational role of sports and ensure broad participation. The 2001 revision incorporated stronger commitments to ethical standards, good governance, and the fight against

¹³ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2012/C 326/02, Official Journal of the European Union, C 326, 26 October 2012, pp. 391–407.

¹⁴ Cf. art. 26 (Integration of persons with disabilities): “The Union recognises and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community.”

¹⁵ For an analysis of the performances of the states in this effort, cf. VEAL, A. J. *Sport and human rights: assessing the performance of nation states in assuring the right to sport participation in European Journal for Sport and Society*, 20(2), (2022), 140–160. <https://doi.org/10.1080/16138171.2022.2032920>

¹⁶ Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2021)5 of the Committee of Ministers to Member States on the Revised European Sports Charter, adopted on 13 October 2021.

discrimination. The 2021 revision represents a significant evolution in this trajectory, reflecting contemporary challenges and reaffirming a rights-based approach to sport. It acknowledges access to sport as a fundamental right, reinforcing its connections to health, education, and social inclusion. The Charter further aligns with international human rights standards, particularly the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ensuring that sports policies reflect broader commitments to equality and non-discrimination.

The 2021 revision underscores the obligation to remove barriers to participation by ensuring equal access to facilities and adapted structures, reflecting an approach where accessibility is embedded across all levels of sport (Article 15). It further requires that sports federations adopt governance models that actively promote the inclusion of persons with disabilities, ensuring that they are represented within decision-making bodies and granted equitable access to training, resources, and competition opportunities (Article 16). These provisions collectively affirm that sports governance must be designed to facilitate effective participation for all athletes, aligning the structural organization of sports federations with overarching human rights principles.

The Charter also addresses the pathways for para-athletes from grassroots to professional levels. While it does not impose a strict obligation to establish structured systems for para-athletes' progression, it provides guiding principles that encourage national authorities and sports federations to foster the development of high-performance sport. It stipulates that all athletes must be granted opportunities to improve their performance through adequate facilities, training programs, and scientific coaching, a provision that necessarily extends to para-athletes.¹⁷ The Charter further emphasizes the importance of institutional support for elite athletes, explicitly recognizing the need for talent identification, dual careers, and mechanisms that facilitate long-term participation in competitive sport.¹⁸ By advocating that such

¹⁷ Cf. art. 13 of the 2021 EU Sport Charter.

¹⁸ *Ibid.* art. 14.

support be provided without discrimination, these provisions establish a framework that encourages federations to ensure that para-athletes benefit from performance development pathways equivalent to those available to able-bodied athletes. However, the extent of implementation remains within the discretion of national sports governance structures, allowing for variations in the degree of institutionalization of professional paralympic sport.

The 2021 revision also signifies a shift in the governance approach to disability sport, acknowledging the necessity of integrating para-athletes into broader sports governance frameworks while respecting existing specialized structures. It mandates that sports governance be structured to ensure equal participation opportunities, reinforcing the principle that disability sport should not remain an isolated system. National federations and governing bodies are also asked to integrate accessibility measures within their human resource development policies, ensuring that leadership, coaching, and athlete support structures include and reflect the needs of persons with disabilities. The European Sports Charter (2021) promotes a gradual alignment between able-bodied and disability sport governance, enhancing inclusivity and accessibility while preserving specialized organisations where necessary.¹⁹ This flexible approach reflects the diversity of governance models across sports, with some, like taekwondo, adopting full integration, while others, like rugby, maintain specialized or hybrid structures. These differing approaches raise critical questions about the effectiveness of inclusivity measures, the role of federations in balancing autonomy and integration, and the broader implications for sports governance, which the next section will explore.

Governance Structures: Inclusivity and Specialisation through Integrated and Specialised Models

¹⁹ The European Union Work Plan for Sport 2021-2024 reaffirms the principles set forth in the Revised European Sports Charter (2021), emphasizing the necessity of ensuring equal participation and accessibility in sports governance. It calls upon national federations to incorporate accessibility measures within governance structures, leadership development, and athlete support policies, while recognizing the diverse regulatory models across different sports. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A42021Y1213%2801%29>.

The integrated governance model in sports administration represents a structural approach wherein para and able-bodied athletes are managed under a single institutional framework in direct connection with the Olympic and Paralympic movement.²⁰ This model eliminates structural separation in competition oversight, resource allocation, and institutional representation, ensuring that para-athletes benefit from equal access to funding, strategic development, and visibility within the broader sporting community. Several international federations have implemented some aspects of this model, with World Sailing, World Rowing, and World Taekwondo serving as prominent examples. While the degree of integration varies, these federations share a fundamental principle: governing para-sports and able-bodied disciplines within a unified regulatory, financial, and institutional system.

World Sailing (WS) has embedded para-athletes into its competition structure and governance framework. Para-sailing is not a separate discipline but is fully incorporated within WS' operations, with the Para World Sailing Committee functioning within the federation's broader decision-making structures. This ensures that para-athletes receive equal institutional representation and that their competitions are integrated into major international sailing events, preventing any marginalization of disability sport. Sponsorship models within World Sailing reflect this commitment to integration, as commercial partnerships with companies such as Rolex and Hempel fund both able-bodied and para-athlete programs through a unified financial model. The federation's regulatory structure also reflects its inclusivity mandate, ensuring that technical classifications and competition rules align with World Sailing's overarching governance principles while adapting to para-athletes' needs.²¹

²⁰ For an analysis of the role of Paralympic games in relation to integration cf. GOH, Chui Ling, *To what extent does the Paralympic Games promote the integration of disabled persons into society?* (March 29, 2021). (2020) 20(1-2) in *The International Sports Law Journal* 36, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3814570>

²¹ Cf. World Sailing official website on About Para Inclusive Sailing, in particular the Para Inclusive Strategy memorandum and World Sailing Inclusive Program, that resulted also in the issue of the related Manual, online at: <https://www.sailing.org/our-sport/para/about-para-sailing> [last access on February 14, 2025].

Similarly, World Rowing (*Fédération Internationale des Sociétés d’Aviron – FISA*) governs both able-bodied rowing and para-rowing within a single legal and administrative framework. Para-rowing athletes compete under the same regulatory system as their able-bodied counterparts, with classification adjustments made within World Rowing’s existing event structure. This integration is reflected in the FISA Statutes, which explicitly mandates the development of rowing in “all its forms,” ensuring that para-athletes are part of the sport’s governance, strategic goals, and financial planning.²² Unlike federations that maintain separate para-sport entities, World Rowing ensures that para-athletes participate in all major competitions, including the World Rowing Championships and the Paralympic Games, under the same federation oversight. The financial model also follows the principles of equitable integration, ensuring that sponsorship agreements and global partnerships extend to para-rowing.

Among these integrated governance models, World Taekwondo (WT) stands as one of the most developed examples of integrated model, demonstrating how a single governing body can oversee both Olympic and Paralympic disciplines. Unlike federations that operate distinct para-sport divisions, WT has formally embedded para-taekwondo within its constitutional framework, ensuring that para-athletes benefit from the same regulatory, financial, and strategic structures as able-bodied competitors.

The WT Statutes provide a detailed regulatory basis for this approach. Article 1.2 explicitly recognizes WT as the sole governing authority for taekwondo at both the Olympic and Paralympic Games, affirming its jurisdiction over all athletes, regardless of ability. This provision prevents the fragmentation of para-taekwondo

²² We refer to the text *World Rowing Statutes And Related Bye-Laws 2021 (following the 2020 Extraordinary Congress)*, available online at: <https://worldrowing.com/document/world-rowing-statutes-and-related-bye-laws-2021/>. [last access on February 14, 2025]. Cf. in particular art. 2.6 (Non-Discrimination) - World Rowing is committed to diversity, inclusion, accessibility and non-discrimination. The enjoyment of the rights and freedoms set forth in these Statutes shall be secured without discrimination of any kind, such as [...] disability, [...] or other status. World Rowing seeks gender equality in all aspects of the sport and art. 3.4 The objects of World Rowing are: [...] 4. To promote rowing in all its forms and encourage its universal development. To establish development programmes, organise training courses, stage events and develop public relations and media opportunities.

governance, ensuring that disability sport remains structurally and administratively part of the federation's core operations. The inclusivity mandate is further reinforced in Article 2.3(e), which defines para-taekwondo as a core component of WT's global development strategy. Unlike federations where para-sports are recognized as secondary disciplines, the provision treats para-taekwondo not as a separate category but as an essential part of WT's long-term planning.²³

The obligation for integration extends beyond global governance to national and continental oversight. Article 16.11 of the WT Statutes mandates that all Member National Associations (MNAs) incorporate para-taekwondo into their governance structures, compelling national federations to adopt a unified approach to governance, training, and competition oversight. This ensures that national para-taekwondo programs receive equal institutional support, funding, and representation within their respective federations. At the continental level, Article 20.9 requires Continental Unions (CUs) to formally integrate para-taekwondo into their operational frameworks, ensuring that regional sports governance aligns with WT's broader commitment to full inclusion. The Para-Taekwondo Committee is a key body within WT's governance structure, tasked with expanding para-taekwondo globally while safeguarding para-athletes' rights and interests.²⁴ However, rather than operating independently, this committee functions within WT's overarching legal and administrative system, aligning classification rules, competition oversight, and athlete development programs with those of able-bodied competitors. This governance model ensures that para-athletes are directly represented within WT's decision-making processes, preventing any institutional marginalization.

World Taekwondo's competition structure also reflects its fully integrated model. Para-taekwondo athletes participate in major WT-sanctioned events, including the World Taekwondo Championships and the Paralympic Games, under

²³ Cf. World Taekwondo "Statutes, in force as of December 20, 2019, online at <http://www.worldtaekwondo.org/wp-content/uploads/2020/01/World-Taekwondo-Statutes-as-of-Dec-20-2019.pdf>

²⁴ Cf. art. 27 of the WT Statutes.

the same federation oversight. Article 22.1 of the WT Statutes explicitly lists the World Taekwondo Para-Taekwondo Championships among its promoted events, ensuring equal institutional recognition, sponsorship opportunities, and competition exposure for para-athletes.²⁵ WT works to grant that para-taekwondo sponsorships, development programs, and global partnerships operate under a unified financial model, preventing the resource fragmentation often associated with separate entities.

The World Taekwondo model represents a comprehensive example of institutional integration within sports governance, demonstrating that para-athletes and able-bodied athletes can be managed within a single legal, financial, and competitive structure without compromising inclusivity. This model contrasts with sports which maintain specialized or hybrid governance structures, overseeing para-athletes through separate federations.

The governance of rugby balances specialization and inclusivity, reflecting the sport's distinct historical evolution and global structure. World Rugby, the international governing body responsible for overseeing the sport's global development, governs able-bodied rugby, while World Wheelchair Rugby (WWR) maintains autonomy over the governance of wheelchair rugby. This specialized structure allows WWR to address the specific regulatory, technical, and competitive needs of para-athletes, including classification systems, equipment regulations, and safety protocols. However, collaboration between World Rugby and WWR is essential for bridging governance gaps, particularly in the organization of major international events such as the Paralympic Games, where both entities coordinate on matters of resource sharing, sponsorship, and strategic development.²⁶ The International Olympic Committee's (IOC) recognition of both rugby sevens and wheelchair rugby as Olympic and Paralympic sports reinforces their

²⁵ See also the cross-referencing and available documentation in the Paralympic Committee official website online at: <https://www.paralympic.org/taekwondo>

²⁶ World Rugby is the international governing body for rugby union, while WWR oversees the governance of wheelchair rugby as an autonomous entity. Both organizations operate under distinct regulatory frameworks while maintaining cooperation in areas of international competition and development. Further information is available at World Rugby (<https://www.world.rugby/organisation/about-us/governance>) and WWR (<https://worldwheelchair.rugby/about-wwr>).

interconnectedness, providing increased visibility and funding opportunities that indirectly benefit para-athletes.

At the national level, countries have adopted differing approaches to implementing this specialized governance model, adapting international frameworks to their domestic legal, cultural, and organizational structures. Australia has embraced an approach that prioritizes institutional autonomy while fostering strategic collaboration. Wheelchair Rugby Australia (WRA) functions as an independent National Sporting Organization (NSO), responsible for developing the sport at all levels, from grassroots programs to elite international competitions. This autonomy allows WRA to focus on the technical, logistical, and athlete development aspects of wheelchair rugby while ensuring that the sport's unique demands are met. However, WRA collaborates closely with Rugby Australia, the governing body for able-bodied rugby, accessing shared resources such as training facilities, coaching infrastructure, and marketing platforms. This cooperation aligns with Australia's Disability Inclusion Framework, a national policy emphasizing equitable access to sporting opportunities, particularly for underrepresented groups.²⁷ By combining institutional specialization with structured collaboration, Australia's governance model promotes the sustainability of wheelchair rugby while maintaining a direct link to the broader rugby ecosystem.

In Italy, the governance of wheelchair rugby follows a tripartite model, involving the Italian National Olympic Committee (CONI), the *Federazione Italiana Sport Paralimpici e Sperimentali* (FISPES), and the *Federazione Italiana Rugby* (FIR), in coordination with the *Comitato Italiano Paralimpico* (CIP). CONI, as the highest authority in Italian sports governance, plays a supervisory role, ensuring compliance with national and international sports policies. FISPES serves as the primary governing body for wheelchair rugby, overseeing classification standards, competition management, and athlete pathways, ensuring alignment with Paralympic

²⁷ Cf. <https://www.ndis.gov.au/understanding/australias-disability-strategy-2021-2031>

regulations.²⁸ Its collaboration with FIR provides access to rugby-specific expertise, training programs, and competitive structures, fostering opportunities for cross-discipline integration. CIP, responsible for promoting Paralympic sports within the Italian framework, ensures that wheelchair rugby remains embedded in the broader national Paralympic movement. This collaborative model balances specialization with integration, allowing for tailored support for para-athletes while maintaining strong institutional connections with the broader Italian sports ecosystem. Additionally, grassroots initiatives - often led by regional rugby clubs and supported by FISPEs and FIR - demonstrate the importance of local engagement in building a sustainable player base and expanding participation.

The United Kingdom presents a hybrid governance model that integrates wheelchair rugby within the infrastructure of professional rugby clubs while maintaining institutional autonomy. Great Britain Wheelchair Rugby (GBWR) operates as an independent entity responsible for overseeing classification, competition structures, and athlete development pathways. However, it maintains significant collaborations with professional able-bodied rugby clubs, particularly within the Premiership Rugby and Rugby League frameworks. These partnerships provide wheelchair rugby teams with branding, access to high-performance facilities, and expanded fan engagement, fostering visibility and financial sustainability. GBWR also collaborates with UK Sport and Sport England, securing funding allocations tied to inclusivity standards, ensuring that wheelchair rugby remains financially viable within the broader sports funding ecosystem.

Although the UK hybrid governance model offers unique advantages in terms of financial integration and visibility, it also highlights the complexities of aligning para-sports with professional structures. In many cases, para-athletes do not experience full integration within club environments but benefit from partnerships

²⁸ Several teams participate in Italy's wheelchair rugby competitions, contributing to the sport's development and competitive structure. Notable teams include ASD Rugby Padova, H81 Vicenza, Mastini Cangrandi Verona, Polisportiva Milanese, Ares Roma Wheelchair Rugby, Sardegna Sport(sa.spo) Cagliari which compete in national tournaments sanctioned by FISPEs and FIR.

that provide indirect institutional and commercial support. While collaboration with professional teams enhances wheelchair rugby's reach and economic sustainability, these partnerships often retain a degree of structural separation, reinforcing the distinction between specialized and integrated governance models. This aspect becomes particularly relevant when considering the potential for hybrid governance models to function as vehicles for corporate investment.

Hybrid Models: Partnerships with Professional Teams and Role of Foundations

The integration of wheelchair rugby into professional rugby clubs in the United Kingdom represents a significant evolution in sports governance, advancing inclusivity while leveraging the institutional and commercial strength of the organizations involved. Unlike fully integrated governance models, the UK follows a hybrid structure, where wheelchair rugby teams operate independently but establish strategic partnerships with professional clubs, national governing bodies, and charitable foundations. These relationships create synergies between able-bodied and wheelchair rugby, providing access to elite training facilities, sponsorship opportunities, and increased media visibility. The structured league systems managed by Great Britain Wheelchair Rugby (GBWR), the Rugby Football League (RFL), and the Rugby Football Union (RFU) ensure that wheelchair rugby teams affiliated with Premiership Rugby, the United Rugby Championship (URC), and Rugby League clubs can compete at the highest levels while benefiting from professional rugby's infrastructure.²⁹

The governance of wheelchair rugby in the UK is structured through a network of national federations, professional clubs, and community-driven initiatives. GBWR, as the national governing body, oversees the competition and development pathways for both the Paralympic Quad variant and Wheelchair Rugby 5s (WR5). The WR5 Premiership, designed to accommodate a broader range of athletes, has

²⁹ Analogous policies are operated by the Federation of Wales and Scotland and, outside the UK, in Ireland.

enabled professional clubs such as Northampton Saints, Leicester Tigers, Bristol Bears, and Ospreys to establish wheelchair rugby teams, demonstrating their commitment to inclusivity and community engagement. At the elite level, GBWR organizes national leagues for the Quad variant, aligning with Paralympic standards and serving as a pathway for international competition. Similarly, the RFL governs the Wheelchair Super League, the wheelchair rugby league competition in England, Scotland, and Wales. Established in 2019, this league includes some of the most recognized professional rugby teams, such as Leeds Rhinos, Wigan Warriors, and Halifax Panthers, reinforcing the connection between professional rugby and para-sports development.³⁰

A fundamental component of wheelchair rugby's expansion within UK professional rugby is the role of charitable foundations affiliated with professional clubs. Organizations such as the Saracens Sports Foundation, Northampton Saints Foundation, and Bristol Bears Community Foundation have been instrumental in launching and sustaining wheelchair rugby teams, serving as intermediaries between grassroots development and professional sports infrastructure. These foundations provide essential resources, including funding, training facilities, and sponsorship opportunities, ensuring that wheelchair rugby remains financially viable within the professional sports ecosystem. The Saracens Sports Foundation, for instance, was crucial in transforming the Hatfield Comets into Saracens Wheelchair Rugby Club, aligning the team with a prominent professional rugby brand while integrating it into the club's wider community outreach programs. Similarly, the Bristol Bears Community Foundation has implemented initiatives fostering inclusivity, enabling more individuals to engage in wheelchair rugby while benefiting from the club's established infrastructure and promotional networks.

While foundations have played a crucial role in supporting wheelchair rugby's growth, they also highlight structural vulnerabilities within the hybrid governance model. Many wheelchair rugby teams remain highly dependent on

³⁰ Please cf. the Wheelchair Super League official website hosted in partnership with the Rugby League: <https://www.rugby-league.com/competitions/pro-national/wheelchair-rugby-league>

foundation support and external sponsorships, making them susceptible to economic fluctuations and shifts in club priorities. This issue was particularly evident when the Saracens Sports Foundation lost financial backing from Allianz Insurance following the Saracens Premiership team's salary cap breach, forcing Saracens Wheelchair Rugby Club to transition to a self-funded model.³¹ Such disruptions underscore the risks of reliance on external funding and raise broader concerns about the long-term viability of para-sports programs within professional rugby clubs.

The level of integration between wheelchair rugby teams and professional clubs varies across the UK, with some teams benefiting from direct institutional support, while others maintain semi-autonomous operations. Leicester Tigers Wheelchair Rugby, for instance, enjoys a closer connection to the club's core operations, receiving branding, shared facilities, and strategic backing, ensuring long-term sustainability. In contrast, other teams operate more independently, limiting their access to funding, infrastructure, and media coverage. While this semi-autonomous model grants flexibility, it also creates disparities in resources and institutional support. Addressing these inconsistencies would require a more structured approach, ensuring that wheelchair rugby teams receive consistent backing from their professional counterparts while maintaining operational independence.

Beyond private foundations, public policy incentives in the UK also support para-sports development. Various legislative measures and financial incentives encourage professional rugby clubs to engage in wheelchair rugby programs. One such mechanism is tax relief available to Community Amateur Sports Clubs (CASCs), which allows clubs to claim exemptions on income and capital gains tax, provided that funds are allocated to promoting sporting participation.³² Clubs registered under the CASCs framework also receive business rate relief and access to tax-free

³¹ In relation to the case please cf. the decision of the independent Disciplinary Panel nominated by Premiership, that resulted also in the relegation of Saracens, available online <https://media-cdn.incrowdsports.com/fa097ce0-fc01-4b01-bbb0-e147ffa67de6.pdf> and the official communication issued in that occasion by Premiership, online: <https://premiershiprugby.com/content/publication-of-independent-panels-decision-on-saracens>

³² Cf. <https://www.gov.uk/tax-relief-casc>.

donations through Gift Aid, reducing financial burdens and creating opportunities for inclusive sports programs. Following ParalympicsGB's success in Tokyo, the government issued a policy directive encouraging increased investment in disability sports, signalling a strategic effort to embed inclusivity within professional rugby governance.³³

Additionally, UK Sport, the agency responsible for investing in Olympic and Paralympic sports, allocates substantial resources to elite para-athletes, ensuring that national teams remain competitive at the highest levels while reinforcing the sustainability of wheelchair rugby at both grassroots and professional tiers.

While no explicit legal mandate compels professional clubs to invest in wheelchair rugby, the combined effect of public policy incentives, financial relief programs, and foundation-led initiatives creates a supportive environment for para-sports development. By aligning with national funding strategies and inclusivity commitments, professional rugby clubs, governing bodies, and their associated foundations are well-positioned to contribute meaningfully to the promotion of inclusive sport programs. The hybrid governance model in the UK demonstrates the interplay between specialization and integration, offering a framework that capitalizes on professional rugby's institutional reach while preserving the autonomy of para-sports programs. However, this model also reveals challenges related to financial sustainability, resource allocation, and long-term governance strategies. These considerations are particularly relevant in the broader discussion of how corporate ESG (Environmental, Social, and Governance) and CSR (Corporate Social Responsibility) obligations can be leveraged to enhance the financial stability of paralympic and inclusive sport programs, a topic that the next section will explore in greater depth.

³³ Please cf. <https://www.bbc.com/sport/disability-sport/58414496> and for an outline of the financing mechanisms available for athletes <https://www.uksport.gov.uk/our-work/investing-in-sport/how-uk-sport-funding-works>

Few Conclusive Remarks for a Strategic Proposal: Sports Federations as Incubators

The increasing relevance of ESG obligations in corporate governance has opened new pathways for sports financing, particularly for inclusive sports initiatives. Undertakings operating under mandatory or voluntary ESG frameworks are required to implement and disclose sustainability-related projects, often through CSR policies or non-financial reporting obligations. This dynamic creates an opportunity to funnel resources into inclusive sports projects, aligning private sector sustainability commitments with governance strategies that promote accessibility, social inclusion, and equity in sports. However, for sports associations and federations to attract and absorb these investments, they must align their governance structures, transparency standards, and long-term project viability with ESG-driven corporate priorities.

The European Sports Charter (2021) explicitly recognizes the link between sports and sustainable development, reinforcing the role of sports organizations in fostering environmental, social, and economic sustainability.³⁴ The Charter's provisions on sustainable financing and the integration of socially responsible policies in sports governance provide an essential framework for aligning ESG-driven investments with inclusive sports initiatives. National and international sports federations, including those analysed in the previous sections, have also embedded sustainability principles into their statutes and strategic policies, further reinforcing the potential for cross-sectoral collaboration between sports entities and ESG-focused undertakings.³⁵

In this context, CSR and ESG obligations present a compelling investment channel for private undertakings seeking to develop projects that enhance accessibility and inclusivity in sports. The EU's Corporate Sustainability Reporting

³⁴ Cf., as a compelling example, Article 1(d) of the EU Sport Charter which states that "sports activities are in line with the principles of sustainable development".

³⁵ For instance, World Taekwondo at Article 2.2.5 of the Statutes has committed to "safeguarding the environment and managing resources in a sustainable way" through its practices. Similarly, World Rowing emphasizes environmental responsibility, stating that their community "is dedicated to the responsible and sustainable management of natural and physical resources.", cf. art. 2.7 of its Statutes.

Directive (CSRD), which expands disclosure requirements on ESG initiatives, obliges companies to demonstrate social and governance impact through measurable policies and financial commitments. These provisions create an incentive for undertakings to invest in para-sports and inclusive sports associations, positioning these projects as social impact strategies that contribute to corporate due diligence, sustainability reports, and stakeholder engagement. Furthermore, national laws across EU Member States increasingly require undertakings to implement diversity and inclusion measures within their operational and philanthropic commitments, making sports-based initiatives an effective vehicle for ESG-compliant investment.

In Italy, the *Riforma del Diritto Sportivo* has introduced significant compliance burdens on medium and small sports associations, requiring stricter governance standards, financial reporting, and employment regulations.³⁶ While these changes present challenges for grassroots and amateur sports entities, they also increase transparency and financial accountability, making these associations more attractive to external investors and corporate sponsors. The third-sector framework (*Terzo Settore*) in Italy further enhances the opportunities for financing, as sports associations recognized as social enterprises (*enti del terzo settore*) can access tax benefits and corporate sponsorships under ESG/CSR schemes.³⁷ The reform, therefore, creates a dual impact: while compliance costs have increased, sports associations that align with good governance practices and sustainability commitments are now better positioned to attract private funding.

A strategic approach to enhancing the intersection between sports governance and ESG investments is to position sports federations as *incubators* or *accelerators* for projects that align with corporate sustainability objectives. Federations, given their regulatory expertise, institutional credibility, and operational infrastructure, are uniquely placed to connect CSR/ESG-driven undertakings with

³⁶ Cf. DAL CANTO, F., GIANFALDONI, S., NOTARO, D., PROCCHI, F. (Eds.), *Il diritto dello sport dopo la riforma. Istanze di regolazione e specializzazione delle competenze*, 2022, Pisa University Press.

³⁷ FUSARO, A. *Dalla frammentazione legislativa alla ri-codificazione? Traiettorie di una disciplina per gli enti non lucrativi* in *Rivista di diritto civile*, 2022, 68(6), pp. 910–929.

paralympic and grassroots sports associations, ensuring that corporate investments in sustainability translate into meaningful social and sporting impact. By acting as intermediaries, federations can create a structured mechanism for companies seeking to integrate sports-based inclusivity projects into their sustainability reporting and compliance frameworks, making sports organizations key partners in corporate ESG strategies.

A federation-led model would involve establishing certification mechanisms to identify sports associations that adhere to transparency, governance, and sustainability criteria, ensuring that they meet the standards required to be eligible for ESG funding and CSR partnerships. The development of standardized ESG compliance frameworks for sports projects would further enable undertakings to seamlessly incorporate their investments into sustainability reporting and due diligence obligations, as mandated by applicable laws. In addition, federations would play a crucial role in facilitating long-term financial instruments and sponsorships, ensuring that inclusive sports initiatives receive stable funding, with clearly defined impact assessment indicators aligned with ESG requirements. By embedding ESG investment opportunities within federations' existing structures, this model ensures that sports associations gain financial sustainability while enabling undertakings to fulfil their ESG obligations through tangible, socially beneficial investments that enhance inclusivity and accessibility in sports

The role of federations as ESG-driven project incubators could be further reinforced through public-private partnerships (PPPs), leveraging national and EU-level funding mechanisms to amplify corporate investments. EU structural funds, such as the European Social Fund (ESF) and the European Regional Development Fund (ERDF), already finance sports-based initiatives that promote social inclusion and accessibility. By aligning private ESG investments with existing public funding schemes, federations can create a multi-stakeholder financing ecosystem, ensuring that inclusive sports initiatives receive long-term institutional backing.

A crucial factor in the success of this model is ensuring that ESG-driven sports projects meet corporate accountability and transparency standards. Sports

federations and associations must establish clear governance structures, financial monitoring mechanisms, and measurable impact assessment frameworks to ensure that investments align with ESG disclosure obligations. The development of standardized reporting models, enabling corporations to demonstrate compliance with EU and national sustainability regulations, would further strengthen the attractiveness of inclusive sports initiatives as ESG investment vehicles.

Ultimately, the integration of ESG investments into sports governance represents a transformative opportunity to secure financial sustainability for para-sports and inclusive sports associations, aligning corporate sustainability objectives with the fundamental right to sport. By positioning federations as facilitators of ESG-driven investments, this model fosters long-term structural integration, reinforcing the role of inclusive sports in economic, social, and corporate governance frameworks.

References

DAL CANTO, F., GIANFALDONI, S., NOTARO, D., PROCCHI, F. (EDS.), *Il diritto dello sport dopo la riforma. Istanze di regolazione e specializzazione delle competenze*, 2022, Pisa University Press.

FUSARO, A. *Dalla frammentazione legislativa alla ri-codificazione? Traiettorie di una disciplina per gli enti non lucrativi* in *Rivista di diritto civile*, 2022, 68(6), pp. 910–929.

GOH, Chui Ling, *To what extent does the Paralympic Games promote the integration of disabled persons into society?* (March 29, 2021). (2020) 20(1-2) in *The International Sports Law Journal* 36, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3814570>

WESTON, Maureen A. The International Right to Sport for People with Disabilities, 28 Marq. Sports L. Rev. 1 (2017), available at: <https://scholarship.law.marquette.edu/sportslaw/vol28/iss1/2>.

VEAL, A. J. *Sport and human rights: assessing the performance of nation states in assuring the right to sport participation* in *European Journal for Sport and Society*, 20(2), (2022), 140–160. <https://doi.org/10.1080/16138171.2022.2032920>

United Nations. (2006). *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Retrieved from <https://www.un.org/disabilities/>

World Rugby. (2023). *Get Into Rugby Program*. Retrieved from <https://www.world.rugby/>

UK Equality Act 2010. Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>

Disability Discrimination Act 1992 (Australia). Retrieved from <https://www.legislation.gov.au>

Universal Declaration of Human Rights (UDHR), adopted 10 December 1948, UNGA Res 217 A(III), Art. 27(1). Available at: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976, UNTS 993, Art. 15. Available at: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

Council of Europe Sport for All Charter (1975, revised 1992), Committee of Ministers Recommendation No. R (92) 13. Available at: <https://www.coe.int/en/web/sport/sport-for-all-charter>.

UNESCO International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sport (1978, revised 2015), General Conference Resolution 38 C/9. Available at: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235413>.

Olympic Charter, International Olympic Committee (IOC), Fundamental Principles of Olympism, Principle 4 (latest edition). Available at: <https://olympics.com/ioc/olympic-charter>.

LA “VIA DELLA DISABILITÀ” PER UNA RIDEFINIZIONE DEL QUADRO DELLE TUTELE DEL MALATO CRONICO

Livia Tamburro¹

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

DOI: <https://doi.org/10.62140/LT1262025>

Sommario: 1. Introduzione. Le ragioni della ricerca; -2. La definizione di malattia cronica secondo la scienza medica; -3. La malattia cronica e le persistenti carenze del diritto positivo. La via della fragilità e disabilità come possibili incentivi di inclusione sociale; -4. Alcune linee operative per un quadro in evoluzione.

Riassunto: Lo studio è orientato ad individuare una nozione di malattia cronica, che superi la risalente tendenza ad assorbire la specificità del fenomeno nel più generale concetto di malattia “comune”, evitando l'approssimazione che connota l'ambito definitorio tratto dalla scienza medica. A ciò approda facendo leva sulla categoria della c.d. *fragilità* impostasi in ambito giuridico nel quadro della legislazione destinata a fronteggiare l'emergenza pandemica e tale da favorire, in conformità con la tendenza invalsa nell'ordinamento eurounitario, l'inclusione delle malattie croniche nel concetto di disabilità, nonché la costruzione di un sistema di tutele specifiche, dall'inserimento del *disability manager*, fino all'apprestamento di un sistema di incentivazione economico/normativo ed all'implementazione di modelli di regolazione personalizzati.

Abstract: The study aims to develop a legal notion of chronic illness that overcomes the long-standing tendency to assimilate its specificity into the broader concept of ‘common’ illness, as well as the generalization often found in medical science. It achieves this by drawing on the legal category of so-called fragility, which emerged within the legislative framework introduced to address the pandemic

¹ Assegnista di Ricerca presso l'Università di Roma Tor Vergata. E-mail: livia.tamburro@uniroma2.it.

emergency. This approach, in line with the prevailing trend in the European Union legal system, promotes the inclusion of chronic illnesses within the concept of disability and the establishment of a system of specific protections. These include the introduction of a disability manager, the creation of an economic and regulatory incentive system, and the implementation of tailored regulatory models.

Parole chiave: Malattia cronica – disabilità – fragilità – discriminazione – comportamento - inclusione sociale – progetto di vita – accomodamenti ragionevoli

1. Introduzione. Le Ragioni della Ricerca

Nel trattare il delicato tema dell'interazione delle malattie croniche sul rapporto di lavoro, sembrerebbe opportuno partire dalla nozione giuslavoristica di malattia ai sensi dell'art. 2110 c.c.²

In particolare, è rilevante chiedersi se la nozione di malattia, che trae origine dagli artt. 2110-2094 c.c., sia ancora compatibile con il diverso scenario segnato dalle nuove patologie, progressivamente manifestatesi con gli stili di vita attuali, ben diversi da quelli riscontrabili nel periodo in cui le norme sono state introdotte e nelle quali hanno, comunque, assolto una importante funzione protettiva del lavoratore subordinato, nel momento di debolezza derivante, ad esempio, dall'impossibilità di rendere la prestazione di lavoro per ragioni soggettive.

Si tratta di verificare l'esatta estensione della nozione di malattia c.d. *comune*, rispetto a quella di malattia c.d. *cronica*, che non ha ricevuto una puntuale regolamentazione nell'ambito del diritto del lavoro³, carenza che induce ad incertezza giuridica riguardo all'individuazione dei diritti competono ai lavoratori affetti da consimili forme patologiche.

L'art. 2110 c.c. pur annoverandola nella sua rubrica (al pari degli altri eventi) non offre una definizione precisa per cui si rende necessario ricorrere non solo

² Sull'art. 2110 c.c. come attuazione al precetto di cui all'art. 32 Cost., che definisce la salute come diritto fondamentale, cfr. D. MORANA, *Relazione sul tema Salute e sicurezza sociale nella prospettiva costituzionale*, Taranto 1° luglio 2024, nell'ambito dei Seminari Previdenziali Maceratesi, VIII Edizione.

³ *Ex plurimis* A. LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 2, pp.280-281.

all'interpretazione giurisprudenziale formatasi sul punto, ma anche ad altre norme dell'ordinamento nell'ottica di una interpretazione sistematica.

Per malattia si intende, secondo orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, una alterazione dello stato psico-fisico del lavoratore tale da determinare una concreta e attuale incapacità al lavoro⁴, uno stato patologico che determina una condizione di impossibilità della prestazione specifica svolta dal lavoratore⁵.

Tale nozione risulta dal previgente decreto del Presidente della Repubblica n. 3/1957⁶, dove all'articolo 67 si fa riferimento ad una "*malattia che impedisca temporaneamente la regolare prestazione di servizio*". Tale nozione è confermata dall'articolo 2, primo comma, della legge n. 33/1980 che, nel prescrivere le modalità di invio del certificato medico di malattia all'INPS e al datore di lavoro, fa riferimento ai casi di infermità comportanti incapacità lavorativa⁷.

In adesione a tale interpretazione, la stessa giurisprudenza qualifica la malattia come impossibilità della prestazione e definisce illegittimo "*ex se*" il comportamento del lavoratore che, nel periodo di assenza per malattia, devolva le "*residue*" capacità psico-fisiche allo svolgimento di altra attività anche presso terzi⁸, in violazione dei generali doveri di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c.

In realtà, non tutti gli stati morbosi determinano una impossibilità temporanea della prestazione, qualificandola come evento impeditivo della

⁴ Cfr. Cass. Civ., 26 aprile 2022, n. 13063, in *Giust. civ. mass.*, 2022, in *Diritto & Giustizia*, 27 aprile 2022, in *IUS Lavoro*, 13 maggio 2022, ma v. anche la più risalente Cass. Civ., 14 dicembre 1999, n. 14065, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 2535; adde Cass. Civ., 1° agosto 1986, n. 4957.

⁵ R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2008, p. 537; M. TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2002, p. 169 ss.; R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, Giuffrè, 1992.

⁶ Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato (Pubblicato nella G.U. 25 gennaio 1957, n. 22 S.O.).

⁷ Confermato dal messaggio INPS 7 novembre 2003, n. 968.

⁸ Così intesa, la malattia consente di ritenere insussistente un divieto assoluto per il dipendente di prestare altra attività, anche a favore di terzi, in costanza di assenza per malattia, sicché ciò non costituisce, di per sé, inadempimento degli obblighi su di lui gravanti. Così, Cass. Civ., 26 aprile 2022, n. 13063, cit.; Cass. Civ., 13 aprile 2021, n. 9647, in *Guida al diritto*, 2021, 19; Cass. Civ., 23 febbraio 2021, n. 4876, in *Diritto & Giustizia*, 23 febbraio 2021, sempre a condizione che lo svolgimento di altre attività non faccia presumere l'inesistenza della malattia ovvero che le medesime attività, valutate con giudizio ex ante in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, non pregiudichino o ritardino la guarigione o il rientro in servizio. Cass. Civ., 12 dicembre 2018, n. 6407, tra le altre, osserva che il lavoratore assente per malattia "*non per questo deve astenersi da ogni altra attività, quale in ipotesi un'attività ludica o di intrattenimento, anche espressione dei diritti della persona*".

prestazione specifica svolta dal lavoratore, ma solo quelli che si traducono in un concreto impedimento lavorativo e in cui sia ravvisabile un nesso causale tra l'evento di malattia e l'impossibilità della prestazione lavorativa⁹.

La problematica definitoria relativa al carattere c.d. *cronico* della malattia è emersa nella considerazione degli interpreti giuridici in relazione al suo porsi quale ragione legittimante il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dato che “(...) erano numerosi i casi nei quali la natura cronica della malattia (una cronicità, evidentemente invalidante) induceva i magistrati a ravvisare il g.m. obiettivo in termini di prognosi sfavorevole sull'idoneità lavorativa del dipendente, spesso a seguito di approfonditi accertamenti peritali”¹⁰.

Solo di recente l'approccio è mutato essendo invalsa nella giurisprudenza una tendenza interpretativa orientata ad equiparare alla disabilità la condizione soggettiva del lavoratore colpito da malattia cronica, il quale abbia subito a causa della medesima una compromissione della vita professionale, che lo rende disabile in concreto.

La prima conseguenza di tale equiparazione consente di qualificare come discriminatorio il relativo licenziamento per superamento del periodo di comportamento¹¹, stabilito in sede collettiva in modo indifferenziato per tutti i lavoratori, qualificandolo nullo, con l'applicazione della reintegra piena ex art 18, 1° comma legge n. 300/1970 (modificato dalla legge n. 92/2012) nonché dall'art. 2, d.lgs. n. 23/2015.

Tale rilievo fa parte del quadro di una generale riconsiderazione delle problematiche che il presente studio si propone di analizzare.

2. La Definizione di Malattia Cronica Secondo la Scienza

Medica

⁹ Cfr. la risalente pronuncia del Pret. Milano 3 febbraio 1989 che ha escluso la malattia di un centralista nonostante il diverso parere di tre medici USL.

¹⁰ Cfr. R. DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in F. D. BUSNELLI, *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 1992.

¹¹ Cfr. C. CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comportamento e divieto di discriminazione per disabilità*, in LG, 2022, n. 12, pp. 1125-1135, e R. BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comportamento*, in *Law. giur.*, 2023, 1, pp. 25-33, E. DAGNINO, *Comporto, disabilità, disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in ADL, 2023, n. 1, II, pp. 241-245; E. DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in DRI, fasc. 2, 2023, p. 336; E. DAGNINO, *Malattie croniche e disciplina antidiscriminatoria: gli orientamenti della magistratura sulla durata del periodo di comportamento*, in DRI, 2, 2023; R. VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*, Relazione al Congresso AIDLaSS, 15 maggio 2024, Dattiloscritto, p. 54; A. MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, in *Law. Dir. Eur.*, 2024, 2.

La prima difficoltà legata ad una analisi delle malattie croniche concerne l'individuazione dei confini della categoria sotto l'aspetto medico-clinico.

Nella scienza medica con l'espressione malattia cronica si intende riferirsi ad alterazioni patologiche non reversibili, che richiedono una speciale riabilitazione e un lungo periodo di osservazione e cura.

In particolare, nella scienza medica è stata ritenuta cronica una malattia che presenti una o più delle seguenti caratteristiche: la tendenziale irreversibilità dello stato patologico; il lungo decorso temporale, di difficile determinazione *ex ante*¹²; la presenza di imprevedibili oscillazioni tra fasi di crisi e fasi di miglioramento¹³, in cui il lavoratore malato cronico è in grado di lavorare, con capacità lavorativa tendenzialmente piena¹⁴.

L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisce le malattie croniche come quelle non trasmissibili da una persona all'altra che presentano le caratteristiche di lunga durata e generalmente una lenta progressione.

Vi è da rilevare come nel linguaggio delle organizzazioni internazionali l'espressione malattia non trasmissibile (in inglese "*noncommunicable disease*") risulti maggiormente utilizzata rispetto a quella di malattia cronica (in inglese "*chronic disease*").

Secondo l'*European Health Interview Survey* (EHIS), invece, le malattie croniche sono riconducibili a patologie di lunga durata, oppure a quei problemi di salute che si protraggono o che si prevede che durino per almeno sei mesi.

¹² Cfr. Definizione tratta dal sito del CENTER FOR MANAGING CHRONIC DISEASE, University of Michigan: "*una condizione di lunga durata che può essere controllata ma non curata*", reperibile sul sito <http://cmcd.sph.umich.edu>.

¹³ Alcuni studi si sono concentrati sulla peculiare caratteristica dell'andamento fluido e oscillatorio della malattia cronica, secondo "*picchi*" ed "*attenuazioni*": "*complex, fluctuating episodic disabilities*", di "*notion of precarious bodies*" e di "*living in between fluid realities of shifting bodily conditions*", A. VICK, E. LIGHTMAN, *Barriers to employment among women with complex episodic disabilities*, in *Journal of disability policy studies*, 2010, 71, cfr. L.C. KOCH E AL., *A narrative literature review regarding job retention strategies for people with chronic illnesses, Work*, Volume 46, pp.125-134, che fanno riferimento a condizioni di lavoro e di disabilità «fluttuanti».

¹⁴ Per la definizione di malattia cronica si v. A. LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, fasc. 2, p. 277; cfr. anche S. VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, n. 1, I, p. 121, che come esempi di patologie croniche richiama le malattie neurodegenerative, le malattie oncologiche, alcune malattie mentali come la depressione, l'HIV, malattie come il diabete mellito di tipo 2 o, ancora, alcune patologie dell'apparato visivo od uditivo.

E' rilevante come in entrambe le definizioni si evidenzia la "lunga durata" delle patologie che, nella maggior parte dei casi, restano attive per gran parte della vita di chi soffre.

L'Istituto Superiore di Sanità fornisce una elencazione di specifiche patologie, definendo le malattie croniche come *"un ampio gruppo di malattie, che comprende le cardiopatie, l'ictus, il cancro, il diabete e le malattie respiratorie croniche, le malattie mentali, i disturbi muscolo scheletrici e dell'apparato gastrointestinale, i difetti della vista e dell'udito, le malattie genetiche, con un lungo decorso che possono essere anche particolarmente invalidanti"*¹⁵.

Stante la criticità del quadro definitorio, non è possibile in questa sede procedere oltre una enumerazione esemplificativa delle malattie croniche più rilevanti. Ad esempio, si possono richiamare tra le patologie usualmente considerate come croniche le malattie cardiovascolari, neurologiche (l'epilessia, tra le più diffuse) e neurodegenerative, oncologiche, epatiche (soprattutto epatiti, cirrosi, fegato grasso), mentali (soprattutto depressione), respiratorie (soprattutto ostruzioni polmonari croniche, asma e allergie in senso lato), muscolo-scheletriche (soprattutto artrite e reumatismi), renali e pancreatiche (soprattutto diabete mellito di tipo 2), nonché difetti visivi e uditivi, alcune patologie genetiche e Hiv¹⁶.

In alcune classificazioni le malattie croniche sono distinte dalle patologie acute, ossia quelle che non presentano tendenziale continuità temporale, ma che si caratterizzano per una evoluzione a (relativamente) breve termine verso la guarigione, o verso il rapido peggioramento.

3. La Malattia Cronica e le Persistenti Carenze del Diritto Positivo. la Via della Fragilità e Disabilità Come Possibili Incentivi di Inclusione Sociale.

¹⁵ Cfr. L. Tamburro, *La nozione di fragilità nel prisma del rischio alla salute*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2024, 1, p. 133.

¹⁶ Per uno degli elenchi più completi, v. C. HEIGL, *Recommendations from ENWHP's ninth initiative. Promoting healthy work for employees with chronic illness*, ENWHP, 2013, 8 ; v. PATHWAYS PROJECT, *Report on the comparison of the available strategies for professional integration and reintegration of persons with chronic diseases and mental health issues*, www.path-ways.eu, 2016, 20, 22 ss., dove le malattie croniche sono suddivise in sette categorie, tra le quali peculiare interesse assumono quelle appartenenti ai *"mental health issues"* e ai *"metabolic disorders"*.

Dal quadro sopra delineato, può trarsi la convinzione che la malattia cronica trovi nelle scienze mediche solo un parziale inquadramento, risultando carente nella regolamentazione giuridica del fenomeno. Quanto sopra è conseguenza del generico riferimento del legislatore alla malattia c.d. *comune*, sicché si pone la necessità di un dialogo tra scienza medica e scienza giuridica.

In occasione dell'emergenza epidemiologica segnata dalla diffusione del virus Covid-19¹⁷, il legislatore ha tentato di assicurare adeguata protezione ai soggetti maggiormente esposti alla probabilità di subire conseguenze dal rischio di contagio, piuttosto che risulterne indenni.

In questo contesto il riferimento al concetto di “*fragilità*” appare quanto mai significativo, riflettendo, questo, il versare del soggetto in una condizione personale, riconducibile a situazioni in atto per la quale l'esposizione al rischio è suscettibile di determinare un esito più grave, o addirittura infausto, rispetto al altri, nello scenario prevedibile alla stregua di pregresse esperienze¹⁸.

¹⁷ In effetti la condizioni di fragilità emerge in particolare a seguito della drastica misura del c.d. “lockdown” che ha determinato, tra l'altro, la chiusura delle scuole e delle strutture di assistenza diurne, riversando il lavoro di cura sulle famiglie ed in particolare sulle donne che hanno finito per subire una segregazione domestica insieme alle persone da accudire, cui si è aggiunta, con ulteriore aggravio, nel caso si trattasse di lavoratrici, anche l'impegno a rendere la prestazione da remoto. Sul punto v. M. DE FALCO, *Con gli occhi delle donne (con disabilità) nel mondo del lavoro*, 8 marzo 2022, reperibile sul sito <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/con-gli-occhi-delle-donne-con-disabilita-nel-mondo-del-lavoro/>. Al di là di questa situazione temporanea data dall'esigenza di cura è a dirsi come siano le donne a versare in gran numero in condizioni di fragilità legate a situazioni personali. In Italia, su circa 13 milioni di persone (più del 20% della popolazione residente) con disabilità, con limitazioni funzionali lievi o con malattie croniche, risaltano le donne over 65 e principalmente le donne in generale ad esserne colpite; spesso soggette a discriminazioni multiple ai sensi dell'art. 6 della Convenzione ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità dedicato proprio alle “*donne con disabilità*”.

¹⁸ Sul tema, cfr. M. BROLIO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 1, 2022, che affronta l'emersione della “*tormentata*” categoria dei “*fragili*” e del loro “*diritto*” al lavoro agile pandemico e post pandemico; P. PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 4, 2023, p. 677 ss.; A. CARACCIOLO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in M. BROLIO, M. DEL CONTE, M. MARTONE, C. SPINELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di) *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Modena, 2022, pp. 127-145; R. ROMANO, L. BRAMANTE, *Lo stato di fragilità: ricostruzione storico-normativa*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2020, 1, pp. 87-95; R. BONO, *Un Virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del Covid*, in *Riv. giur. lav. pren. soc.*, 2021, 3, pp. 430-445; C. MAZZANTI, *La fragilità tra poliedricità e multifattorialità*, in V. FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, Modena, 2022; A. LAMBERTI, *Emergenza sanitaria. Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2022, 6, p. 192; V. VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *Dir. sic. lav.*, 2024, 1, p. 9.

In particolare, con l'art. 90, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto "Rilancio"), convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77, ai fini dello svolgimento del lavoro agile, fornisce un'indicazione di lavoratori più vulnerabili, c.d. *fragili*, ossia *"quelli maggiormente esposti a rischio contagio da virus Sars-coV-2, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o, comunque, da comorbidità che possono caratterizzare una situazione di maggiore rischiosità"*.

Il successivo decreto del Ministero della Salute (D.M.S.¹⁹) emesso il 4 febbraio 2022²⁰ individua un'elencazione e non tassativa²¹ di lavoratori affetti da alcune *"patologie croniche"* con scarso compenso clinico e con particolare connotazione di *"gravità"*, che siano *"attestate da una certificazione"* del medico di medicina generale del lavoratore, che evidenzia una condizione di rischio derivante da immunodepressione, o da esiti da patologie oncologiche o dallo svolgimento di relative terapie salvavita, ivi inclusi i lavoratori in possesso del riconoscimento di disabilità con connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

La nozione legale di fragilità, o vulnerabilità, ha ricompreso le persone con forme di disabilità grave e i malati cronici²², accomunati dalla stessa disciplina, attraverso l'applicazione di una tecnica legislativa caratterizzata dalla costruzione di una fattispecie aperta ed intenzionalmente indeterminata, utilizzata al fine di adeguare

¹⁹ Ministri della Salute, Lavoro e Pubblica Amministrazione.

²⁰ Cfr. art. 17, comma 2, del d.l. 24 dicembre 2021, n. 221, convertito con modificazioni della legge 18 febbraio 2022, n. 11.

²¹ Pazienti con marcata compromissione della risposta immunitaria; trapianto di organo solido in terapia immunosoppressiva; trapianto di cellule staminali ematopoietiche; attesa di trapianto di organi; terapie a base di cellule CAR-T; patologia oncologica o onco-ematologica in trattamento farmaci immunosoppressivi; mielosoppressivi o a meno di sei mesi dalla sospensione delle cure; immunodeficienze primitive; immunodeficienze secondarie (...).

²² Nonostante la *vis expansiva* del concetto di malattia, teso a ricomprendere anche le malattie croniche, è da rilevare che la disabilità e malattia non sono sempre concetti sovrapponibili. Invero, sovente è la malattia a generare la disabilità, altre volte la malattia può essere un effetto della disabilità. Tuttavia è anche vero che non tutte le disabilità determinano una morbidità maggiore del lavoratore; vi sono casi in cui la disabilità non è legata a particolari patologie, sicché la dottrina evidenzia la necessità della conoscenza o conoscibilità non soltanto dello status di disabilità ma anche del nesso tra disabilità e morbidità che espone il lavoratore ad un maggiore rischio di raggiungere rapidamente il superamento del periodo di comporto, sul punto si v. A. M. BATTISTI, *Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 3.

la disposizione alla realtà articolata e mutevole, a seconda del decorso del tempo e dell'evolversi delle situazioni tratte ad oggetto di regolamentazione²³.

Una nozione che riflette una condizione di debolezza, di maggiore esposizione al rischio di sofferenza, all'emarginazione sociale, privazione e povertà²⁴, per le peculiari condizioni psico-fisiche del soggetto, ed anche per fattori socio-economici ed ambientali (c.d. *fragilità sociali*), costituendo un rischio sociale che può potenzialmente ricomprendere le fasce deboli della società²⁵.

La tendenza all'inclusione delle malattie croniche nel concetto di disabilità²⁶ è ormai da tempo al centro del dibattito eurounitario.

Potrebbe affermarsi che mentre nella disabilità la riduzione della capacità lavorativa resta stabile nel tempo, e al più, tende al peggioramento; nel caso della malattia cronica, invece, la riduzione della capacità lavorativa non è stabile, in quanto, come si è detto, si riscontrano fasi in cui il malato cronico si assenta dal lavoro, e fasi diverse di ripresa, in cui è in grado di lavorare.

Innanzitutto, la tendenziale omologazione tra le malattie croniche e disabilità si rinviene nella stessa nozione di disabilità offerta dall'art. 1 della Convenzione ONU sui diritti con le persone con disabilità²⁷, secondo la disabilità è *“una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori”*.

La tendenza all'inclusione delle malattie croniche nel concetto di disabilità è proseguita nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea²⁸ e nazionale²⁹ ove,

²³ Cfr. L. TAMBURRO, *La nozione di fragilità nel prisma del rischio alla salute*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2024, 1, p. 133; A. CARACCILO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, op. cit., p. 135.

²⁴ Così, P. BOZZAO, *Relazione in Seminario su “fragilità” e misure di sostegno sociale*, Bologna, 3 giugno 2024.

²⁵ Cfr. C. MAZZANTI, *La fragilità tra poliedricità e multifattorialità*, p. 19.

²⁶ Ai fini dell'applicazione della tutela antidiscriminatoria prevista nella Direttiva 2000/78/CE, recepita in Italia con il d.lgs. n. 216/2003.

²⁷ Cfr. legge 3 marzo 2009, n. 18, Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità.

²⁸ Si v. Corte Giust 11 aprile 2013, causa C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark* e Corte Giust. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag of Arbejde*.

²⁹ Come ha osservato la Suprema Corte di Cassazione, la malattia *“deve essere intesa alla stregua di una condizione fenomenica non soltanto puntuale di morbidità in atto, ostativa alla presenza in servizio del lavoratore, bensì quale condizione patologica cronica suscettibile di continue riattivazioni in alternanza a fasi di stabilizzazione, compatibili con la ripresa*

utilizzando una definizione ampia di disabilità, ispirandosi nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, si stabilisce che, nel caso in cui la malattia del lavoratore comporti una limitazione di lunga durata che possa ostacolare la sua piena ed effettiva partecipazione nella vita professionale, questo limite rientra nella nozione di disabilità ai sensi della Direttiva 2000/78, in materia di parità di trattamento³⁰.

La Corte ha, quindi, mutato il proprio orientamento, passando dall'adozione di un modello biomedico-individuale di disabilità, in cui la disabilità è distinta dalla malattia e l'handicap si basa sul concetto di menomazione, ad un approccio *bio-psico-sociale*³¹, in cui la condizione patologica di lunga durata rileva in relazione alla limitazione della vita socio-professionale.

dell'attività lavorativa" Così, Cass. Civ., 17 maggio 2024, n. 1145. Secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato citato nella sentenza stessa, in particolare Cass. Civ., 18 novembre 2019, n. 29893, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Cass. Civ., 8 agosto 2023, n. 24091.

³⁰ Sul punto, v. S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Equiparazione malattie croniche e disabilità: una via per riconoscere tutele ai malati cronici?*, in *Bollettino ADAPT*, 17 maggio 2016.

³¹ Cfr. Corte Giust., sentenza 11 luglio 2006, causa C-13/05, fino alla Corte Giust., sentenza 18 gennaio 2018, in causa n. C-270/16, *Canejero*, in cui sulla base di un modello bio-psico-sociale, si equipara le malattie con limitazioni a lungo termine con la disabilità. In dottrina, si v. S. BALDIN, *Lavoratori con disabilità e accomodamenti ragionevoli nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Riflessioni a margine di XX c. tartu Vangla*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2021, 4, p. 4334; P. ADDIS, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea alle prese con una domanda ricorrente: che cos'è la disabilità?*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2017, 2, p. 319; M. PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 1, p. 209; G. DE LUCA, *La Corte di Giustizia UE prende posizione sul licenziamento a causa dell'obesità*, in *Lav. giur.*, 2016, 2, p. 139 ss.; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2020, 4, p. 897 ss.; R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2020, 4, p. 879 ss.; D. MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *Lav. dir.*, 2021, II, p. 399 ss.; S. SARDARO, *Le discriminazioni per disabilità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Lav. giur.*, 2017, p. 1139; P. LAMBERTUCCI, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. merc. lav.*, 2020, p. 33; R. BONO, *Limiti al licenziamento del lavoratore disabile a garanzia della parità di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 2, II, p. 289; L. GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminarietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza Conejero (C-270/16)*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 3, p. 271 ss.; A. VENCHIARUTTI, *La disabilità secondo la Corte di giustizia: il modello bio-psico-sociale diventa "europeo"?*, in *Diritti comparati*, 15 maggio 2014; M.C. CIMAGLIA, *"Niente su di noi senza di noi": la Corte di giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 3, p. 405; A. GUARISO, *Nota a Corte di giustizia UE, sez. II, 11 aprile 2013, n. 335, C-335/11 e C-337/11, in D&L*, 1-2, 2013, p. 43 ss.; D. VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Dir. relaz. ind.*, 2008, p. 849; G. GIAPPICHELLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un treno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 758; M. VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 758; M. VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 221; A. AVIO, *I lavoratori disabili tra le vecchie e nuove discipline*, in M. V. BALLESTRERO, G. G. BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005, p. 155; M.C. CATAUDELLA, *Elementi di diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2024, pp. 57 ss.

Nel nostro ordinamento, fino all'emanazione del d.lgs. 3 maggio 2024, n. 62³², di attuazione della legge 22 dicembre 2021 n. 227, conosciuta come legge delega sulla disabilità, la nozione legale di disabilità era discussa.

La legge del 5 febbraio 1992, n. 104, all'art. 3, definiva la persona con *handicap* (oggi *“persona con disabilità”*), come colui che soffre di una *“minorazione fisica, psichica e sensoriale, stabilizzata o progressiva, causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione”*. Il successivo art. 4 prevedeva che gli accertamenti relativi alla minorazione di cui all'art. 3, dovevano effettuarsi ad opera delle unità sanitarie locali mediante apposite commissioni mediche (di cui all'articolo 1 della legge 15 ottobre 1990, n. 295), che erano integrate da un operatore sociale e da un esperto nei casi da esaminare, in servizio presso le unità sanitarie locali.

La legge del 12 marzo 1999, n. 68, recante norme per il diritto al lavoro dei disabili, definiva le persone con disabilità come coloro che sono portatori di *“minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali (...) i portatori di handicap intellettuale che comportino una riduzione delle capacità lavorative superiori ad un certo grado di invalidità”*.³³

La procedura di riconoscimento di tale condizione prevedeva l'emissione da parte del medico curante del soggetto interessato, di un *“certificato introduttivo”*, attestante l'infermità riscontrata.

In seguito alla successiva visita di controllo, effettuata presso la ASL e dinanzi alla commissione di medici, la commissione predisponendo un verbale contenente la percentuale di invalidità e la c.d. *“scheda funzionale”*, in cui si annotano le abilità, le capacità lavorative, le competenze e le inclinazioni del soggetto, utili a valutare le mansioni più idonee per lui.

³² Cfr. Art. 40 del decreto, il quale dispone che il provvedimento entra in vigore il 30 giugno 2024. Le disposizioni di cui agli articoli 3, 5, 6, commi da 1 a 8, 7, comma 1, 8, 9, commi da 1 a 5 e comma 8, 10, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, commi 1, 2 e 3, 25, 26, 27, 28, commi da 1 a 7 e 9, 29 e 36 si applicano nei territori interessati dalla sperimentazione di cui all'articolo 33 a decorrere dal 1° gennaio 2025 e, sul restante territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2026.

³³ In dottrina, *ex multis* S. BUZZONE, *L'inclusione lavorativa e gli “accomodamenti ragionevoli”: prime riflessioni*, in *ADAPT Labour Studies*, e-Book series, n. 64, 2017, p. 115; C. SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, p. 49.

Una volta in possesso del verbale della commissione medica attestante l'invalidità, il soggetto interessato poteva iscriversi alle categorie protette presso il Centro per l'impiego più vicino alla propria residenza.

Il d. Lgs. 3 maggio 2024, n. 62³⁴ avente oggetto riguardante la definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base³⁵, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato,

L'art. 2, al comma 1, lett. a) definisce come *“condizione di disabilità”* *“una duratura compromissione fisica, mentale, intellettuale, del neurosviluppo o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri”*; nonché per *“persona con disabilità”*: *“persona definita dall'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dal presente decreto”* (art. 2, comma 1, lett. b).

Dall'introduzione delle suddette nozioni consegue la necessità di un differente approccio giuridico-culturale, che la norma stigmatizza con riferimento all'uso di un diverso linguaggio: l'espressione *“portatore di handicap”* è sostituita dalla espressione *“persona con disabilità”* e la *“condizione di gravità”* con la locuzione *“persona con disabilità avente necessità di sostegno intensivo”*, con conseguente abolizione di tutte le altre precedenti definizioni.

Il d.lgs. 62/2024 abbandona, quindi, la correlazione fra disabilità e gravità della menomazione, che connotava negativamente la persona, per introdurre una

³⁴ Il decreto rappresenta il terzo intervento normativo di attuazione della legge 22 dicembre 2021, n. 227, recante Delega al Governo in materia di disabilità di una delle Riforme (Riforma 1.1) previste dalla Missione 5 *“Inclusione e Coesione”* Componente 2 *“Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore”* del PNRR. In dottrina, cfr. A. M. BATTISTI, *Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità*, op. cit., 3; V. VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *Dir. sic. lav.*, 2024, 1.

³⁵ La valutazione di base è *“il procedimento preordinato ad accertare la condizione di disabilità, partendo dall'utilizzo delle classificazioni internazionali ICD e ICF adottate dall'Organizzazione mondiale della sanità”*, necessaria al fine di consentire l'accesso agli interventi, benefici e sostegni di intensità lieve, media, elevata o molto elevata. Nel caso di riconoscimento della condizione di disabilità della persona, saranno individuate nel medesimo certificato la necessità e l'intensità dei sostegni, i casi di rivedibilità, e il relativo periodo di validità del certificato.

nuova correlazione quella fra disabilità e l'intensità dei sostegni necessari ad assicurare in un contesto di "uguali"³⁶ la partecipazione delle persone.

Diversamente dalla definizione di disabilità eurounitaria, ove non occorre un certificato ufficiale dello stato di invalidità, il nuovo decreto prescrive un accertamento della condizione che viene svolto sulla base di due valutazioni.

Il primo momento imprescindibile per accedere al sostegno e all'eventuale progetto di vita è quello della "valutazione di base"³⁷, la cui attivazione può essere richiesta anche da minori e anziani non autosufficienti (art. 4, l. 33/2023).

Requisito necessario per avviare il *procedimento valutativo di base* è costituito dal certificato medico introduttivo, in relazione al quale il decreto specifica i soggetti autorizzati al suo rilascio e i dettagli del suo contenuto essenziale.

Tale procedimento prevede una sola ed unica procedura valutativa che deve essere effettuata per ogni accertamento dell'invalidità civile.

Questa procedura unitaria, pertanto, sostituisce alla pluralità di procedure generali previste, ad esempio, per l'invalidità civile, la disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica; la disabilità ai fini dell'inclusione lavorativa; o specifiche come la cecità civile, sordità civile, sordo cecità; non autosufficienza, disabilità gravissima, andando ricomprendere, quindi, ogni diversa tipologia di disabilità.

L'art. 15, comma 1, d.lgs. n. 62/2024 prevede che, al termine della visita di valutazione di base, sia data comunicazione alla persona con disabilità che, oltre ai sostegni e benefici che conseguono direttamente alla certificazione della condizione di disabilità, del suo diritto ad elaborare ed attivare un progetto di vita individuale.

Tale progetto dovrà comprendere i servizi, le misure nelle aree di apprendimento specificate (apprendimento, socialità ed affettività; formazione, lavoro; casa e habitat sociale), nonché gli accomodamenti ragionevoli³⁸.

³⁶ Cfr. M. P. MONACO, V. FALABELLA, *Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità: una "rivoluzione copernicana"*, in *Bollettino ADAPT*, 20 maggio 2024, n. 20.

³⁷ La "valutazione di base" è affidata dal 1° gennaio 2026 in via esclusiva all'INPS.

³⁸ *Ex multis*, D. GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2019, p. 1224 ss.; M. DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2021, 4, p. 429 ss.; S. D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2022, 2, p. 185; M. BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. BARBERA. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 80; W. CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei*

Nei successivi artt. 18-32 il citato decreto definisce il “*procedimento di valutazione multidimensionale*”³⁹, basato su un modello bio-psico-sociale⁴⁰, in collaborazione con la stessa persona con disabilità, basato alla stesura del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato⁴¹. Ci si scosta notevolmente dalla vecchia concezione di servizio standardizzato, passando ad un modello “*cucito*” sulla persona.

L’art. 11 del decreto prevede che dal 1° gennaio 2025 nella valutazione di base è utilizzata la *Classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute* (“*International Classification of Functioning, Disability and Health*”) (ICF⁴²), approvata dalla 54^a Assemblea mondiale della sanità il 22 maggio 2001, con successive modifiche, congiuntamente alla versione adottata in Italia della *Classificazione internazionale delle malattie* (ICD) dell’Organizzazione Mondiale della Sanità e di ogni altra eventuale scala

lavoratori disabili fra diritto dell’Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2020, 4, p. 897; C. SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2017, p. 50; D. IZZI, *Commento all’articolo 26. Inserimento dei disabili*, in S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 499; W. CHIAROMONTE, *L’inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell’Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2020, 4, p. 904; da ultimo, V. VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, op. cit.

Si vedano anche: T. TEKLE, *Un’interpretazione sistemica degli accomodamenti ragionevoli nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e nei pronunciamenti del Comitato ONU come strumento di uguaglianza trasformativa e giustizia sociale*, in *Dir. Sic. Lav.*, 2024, 2, p. 139 ss., p.141, secondo cui gli accomodamenti ragionevoli sono uno strumento di giustizia sociale; M. SALVAGNI, *Nozione euromunitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2024, 2; J.D. ABRIL, S.B. CHOUBEY, M.A. LEONARDI, G. ZAMPIERI, *Reasonable Accommodation and Disability: a Comparative Analysis*, in *Dir. Sic. Lav.*, 2024, Note e dibattiti, p. 18.

³⁹ Sul “rischio che la valutazione della disabilità degradi a una mera verifica medica delle condizioni di salute della persona”, M. DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, cit., p. 1744 ss.

⁴⁰ Sulla concezione “*bio-psico-sociale*”, inaugurata dalla Convenzione ONU del 2006, cfr.

R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell’ordinamento internazionale*, in “*Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*”, 2020, 4, p. 886 ss.; S. MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, “accomodamenti ragionevoli” e obbligo di “repechage”*, in *Labor*, 2020, p. 636; P. LAMBERTUCCI, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2020, p.33; M. GASPARRO, *Ancora sugli accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. prev. oggi*, 2021, p. 372. In dottrina, sulla legge n. 227/2021, dove è prospettata l’introduzione domestica del modello “*bio-psico-sociale*”, si v. per un primo commento alla legge-delega cfr. M. DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 5, p. 1738 ss.

⁴¹ Il diritto al progetto di vita deve essere garantito anche in caso di cambiamenti del contesto territoriale, di vita o del luogo di abitazione, tenendo conto delle specificità dei nuovi contesti e se ne deve dare attuazione

adattandolo ai nuovi contesti di vita o residenza, assicurando continuità nell’assistenza e mantenendo livelli di organizzazione e prestazioni non inferiori a quelli precedenti. Nel caso in cui la persona si trasferisca in un’altra regione, fermo restando il diritto, il progetto dovrà essere riformulato in base al nuovo contesto territoriale e ai relativi assetti organizzativi.

⁴² O BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality Network*, 8 febbraio 2022, che definisce il sistema ICF è una “*fotografia statica che non coglie i processi di impoverimento che la società trasferisce sulle persone con disabilità*”.

di valutazione disponibile e consolidata nella letteratura scientifica e nella pratica clinica.

L'uso combinato dei suddetti indici potrà ricomprendere gran parte delle malattie croniche all'interno della definizione di disabilità.

Di qui il segnalato evolvere della giurisprudenza anche con riguardo alle problematiche sottese alla disciplina di cui all'art. 2110 c.c. sebbene sulla base dell'orientamento accolto è irrilevante la forma con cui la malattia si manifesta (cronica, intermittente o ricorrente, ecc.) ma è sufficiente che faccia prevedere una ragionevole possibilità di guarigione o quanto meno il lavoratore recuperi la propria capacità lavorativa, restando esclusa dal suo campo di applicazione solo l'inidoneità, totale o parziale, permanente al lavoro.

Come puntualmente ha osservato la Suprema Corte di Cassazione, la malattia *“deve essere intesa alla stregua di una condizione fenomenica non soltanto puntuale di morbilità in atto, ostativa alla presenza in servizio del lavoratore, bensì quale condizione patologica cronica suscettibile di continue riacutizzazioni in alternanza a fasi di stabilizzazione, compatibili con la ripresa dell'attività lavorativa”*⁴³.

Conseguentemente, nella nozione di malattia dell'art. 2110 c.c., devono ricomprendersi anche le malattie croniche, in quanto le medesime sono caratterizzate, come si è detto, dall'alternanza di momenti di crisi e momenti in cui il soggetto è in grado di lavorare⁴⁴.

4. Alcune Linee Operative per un Quadro in Evoluzione.

Le criticità di una estensione giudiziale delle tutele del lavoratore malato cronico, per il tramite dell'espansione dell'ambito applicativo del diritto antidiscriminatorio⁴⁵, potrebbero trovare risposta nell'ambito di un ripensamento generale della disciplina

⁴³ Così Cass. Civ., 17 maggio 2024, n. 13766, in *Redazione Giuffrè*, 2024; Cass. Civ., 8 agosto 2023, n. 24091; Cass. Civ., 18 novembre 2019, n. 29893, in *Giust. civ. mass.*, 2019.

⁴⁴ Così, A. Levi, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, op. cit. Sulla disciplina del comportamento differenziato per le malattie croniche, si v. G. DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 62.

⁴⁵ In questa prospettiva il licenziamento del lavoratore *“disabile”* comminato in ragione del superamento del periodo di comporto di eguale durata rispetto ai lavoratori non disabili sarebbe nullo poiché discriminatorio, con applicazione dell'art. 18 Stat. Lav. (aggiornato alla legge n. 92/2012), nonché del d.lgs. n. 21/2015. In dottrina, sulla discriminazione dei lavoratori con malattia cronica, anche in un'ottica

in materia di disabilità, laddove riallineasse l'ordinamento interno rispetto all'orientamento eurolavoristico, orientandolo verso una concezione meno solidaristica, ma improntata alla promozione di una eguaglianza sostanziale⁴⁶.

Quest'ultima potrebbe raggiungersi anche attraverso l'adozione di indirizzi regolativi diretti, allo scopo di approntare un'adeguata tutela lavoristica a favore della persona del malato cronico, al fine di favorire la piena espressione delle sue potenzialità professionali nell'impresa e nella società in generale, conformemente al dettato degli artt. 2 e 4 della Costituzione.

Ad esempio, funzionale all'obiettivo potrebbe essere il potenziamento della figura del “*responsabile per l'inserimento lavorativo*”, sia nel settore privato che in quello pubblico⁴⁷.

Tale figura avrebbe competenze anche per il perseguimento di adeguate politiche aziendali volte all'inclusione del malato cronico in tutte le fasi della malattia.

In particolare, nel settore privato, la figura del *disability manager* (o *diversity manager*) potrebbe estendere l'area di intervento anche ai malati cronici, valorizzandone la professionalità lungo tutto il percorso di vita lavorativa, in una prospettiva di conciliazione delle specifiche esigenze di cura e di lavoro⁴⁸.

Tuttavia, la fonte regolativa privilegiata per la promozione della figura in questione è la contrattazione collettiva, stante l'inesistenza di un precetto legislativo

comparata v. F. CUCCHISI, *Malattia cronica e discriminazione sul lavoro, alcuni spunti dal 16° barometro del Difensore dei diritti francese*, in DRI, fasc. 1, 2024; L. LEROUGE, *La malattia progressiva cronica sul lavoro nel diritto sociale francese*, in DRI, fasc. 2, 2023; S. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La tutela dei lavoratori con malattie croniche in Spagna*, in DRI, fasc. 2, 2023.

⁴⁶ Cfr. i richiami espressi (art. 1, comma 1) alla Convenzione ONU del 2006, comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Un'Unione dell'uguaglianza: strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030, 3 marzo 2021, COM(2021)101 final, e alla risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2021 sulla protezione delle persone con disabilità. In dottrina, oltre a D. GAROFALO, *I diritti sociali nella bufera della pandemia*, op. cit., pp. 32-35, si vedano O. BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in www.italianequalitynetwork.it, 8 febbraio 2022, L. TORSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in VDTL, 2022, n. 2, pp. 243-244, e M. DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in RCP, 2022, n. 5, pp. 1738-1740.

⁴⁷ I riferimenti che disciplinano la sua attività sono rappresentati dall'articolo 10 del d.lgs. 75/2017, dal d.lgs. 151/2015 e dalle *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* approvate con Decreto 11 marzo 2022, n.43.

⁴⁸ Sul punto, si v. anche il II Programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità, p. 57, elaborato nel 2016 dall'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità (istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali).

che imponga nel privato (come avviene nel pubblico) l'istituzione del ruolo in questione.

Il legislatore, per favorire meccanismi di incentivazione economica, ha previsto che il Fondo regionale per l'occupazione dei disabili possa erogare contributi per istituire il responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro⁴⁹.

L'istituzione di tale figura è ipotizzabile per le imprese di una certa rilevanza dimensionale; per le piccole imprese potrebbe pensarsi ad organismi esterni, che al loro interno abbiano formato soggetti in grado di rivestire il ruolo di responsabile dell'inserimento lavorativo e che mettono a disposizione tale servizio tramite forme consulenziali⁵⁰.

Un altro percorso che merita riflessione è il sostegno dell'impresa nel processo di valorizzazione ed inclusione del malato cronico, attraverso la costituzione di un efficace sistema di incentivazione fiscale ed economica e/o normativa da parte del legislatore.

L'agevolazione contributiva, anche se non in percentuale così importante come potrebbe essere per il contratto di apprendistato, potrebbe comunque fungere da significativa leva di interesse per implementare scelte datoriali, che al momento sono rimesse alla discrezionalità delle politiche aziendali.

Infine, una terza linea di intervento, legata ad un'esigenza del diritto del lavoro in generale, attiene al modello di regolazione da applicare per un adeguato assetto degli interessi.

Dagli studi delle malattie croniche è emerso che *“accanto ad esigenze comuni a tutti i malati (capacità di affrontare la malattia, supporto dei colleghi e dei superiori, condizioni di lavoro adatte, supporto medico e sociale, sussistenza di incentivi, orari e carichi di lavoro compatibili, gestione delle assenze, presenteismo, ecc.), esistano nondimeno specifiche esigenze di conciliazione e di “adattamento” degli impegni (contrattuali) di lavoro che variano, anche in modo significativo, a*

⁴⁹ Si veda l'art. 14, comma 4, lett. b, della l. n. 68/1999, introdotto dal d.lgs. n. 151/2015.

⁵⁰ le *Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità* adottate con il decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, l'11 marzo 2022, n. 43

seconda della diversa patologia e, persino, del tipo di reazione da parte di ogni singola persona alla malattia e alle relative cure”⁵¹.

Auspicabile sarebbe l’implementazione di modelli di regolazione che perseguano la sostenibilità del lavoro del malato cronico mirati alla condizione della singola persona, in quanto “la tensione alla individualizzazione e soggettivazione regolativa è crescente” nel diritto del lavoro e dunque “c’è da chiedersi a quali condizioni possa trovare oggi spazio l’accomodamento delle norme alle istanze dei singoli, per assecondare i cambiamenti del paradigma sociale, economico, organizzativo improntati sempre più alla singolarità, mediante la differenziazione delle regole a livello micro senza rinnegare l’impianto e lo spirito protettivo del diritto del lavoro”⁵².

In altre parole, si tratta di porre al centro dell’attenzione la singola persona, con le sue esigenze e potenzialità, da valorizzare all’interno di un percorso regolativo personalizzato.

Riferimenti Bibliografici

ABRIL, CHOUBEY, LEONARDI, ZAMPIERI, *Reasonable Accommodation and Disability: a Comparative Analysis*, in *Dir. sic. lav.*, 2024, p. 18.

ADDIS, *La Corte di Giustizia dell’Unione Europea alle prese con una domanda ricorrente: che cos’è la disabilità?*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2017, 2, p. 319.

AVIO, *I lavoratori disabili tra le vecchie e nuove discipline*, in BALLESTRERO, BALANDI (a cura di), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Bologna, 2005, p. 155.

BALDIN, *Lavoratori con disabilità e accomodamenti ragionevoli nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE. Riflessioni a margine di XX c. tartu Vangla*, in *Dir. pubbl. comp. eur. online*, 2021, 4, p. 4334.

BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 80.

⁵¹ In proposito, si veda M. TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *DRI*, 2015, n. 3, p. 721.

⁵² S. CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell’individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *DRI*, 2023, n. 1, p. 105.

BATTISTI, *Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, 3.

BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality Network*, 8 febbraio 2022, in www.italianequalitynetwork.it.

BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comporta*, in *Lav. giur.*, 2023, 1, pp. 25-33.

BONO, *Limiti al licenziamento del lavoratore disabile a garanzia della parità di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, 2, II, p. 289.

BONO, *Un Virus che discrimina: la tutela dei lavoratori fragili e dei prestatori di assistenza ai tempi del Covid*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2021, 3, pp. 430-445.

BOZZAO, *Relazione in Seminario su "fragilità" e misure di sostegno sociale*, Bologna, 3 giugno 2024.

BROLLO, *Fragilità e lavoro agile*, in *LDE*, 1, 2022.

BUZZONE, *L'inclusione lavorativa e gli "accomodamenti ragionevoli": prime riflessioni*, in *ADAPT Labour Studies*, e-Book series, n. 64, 2017, p. 115.

CARACCIOLO, *Patologie croniche e lavoratori fragili*, in BROLLO, DEL CONTE, MARTONE, SPINELLI, TIRABOSCHI (a cura di) *Lavoro agile e smart working nella società post-pandemica. Profili giuslavoristici e di relazioni industriali*, Modena, 2022, pp. 127-145.

CATAUDELLA, *Elementi di diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2024, pp. 57 ss.

CENTER FOR MANAGING CHRONIC DISEASE, University of Michigan: <http://cmcd.sph.umich.edu>.

CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2020, 4, p. 897 ss.

CHIAROMONTE, *L'inclusione sociale dei lavoratori disabili fra diritto dell'Unione europea e orientamenti della Corte di giustizia*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2020, 4, p. 897.

CIMAGLIA, *"Niente su di noi senza di noi": la Corte di giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, 3, p. 405.

CIUCCIOVINO, *Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica*, in *DRI*, 2023, n. 1, p. 105.

CRISTOFOLINI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta e divieto di discriminazione per disabilità*, in *LG*, 2022, n. 12, pp. 1125-1135.

CUCCHISI, *Malattia cronica e discriminazione sul lavoro, alcuni spunti dal 16° barometro del Difensore dei diritti francese*, in *DRI*, fasc. 1, 2024.

D'ASCOLA, *Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2022, 2, p. 185.

DAGNINO, *Comporto, disabilità, disclosure: note a margine di una querelle giurisprudenziale*, in *ADL*, 2023, n. 1, II, pp. 241-245.

DAGNINO, *La tutela del lavoratore malato cronico tra diritto vivente e (mancate) risposte di sistema*, in *DRI*, fasc. 2, 2023, p. 336.

DAGNINO, *Malattie croniche e disciplina antidiscriminatoria: gli orientamenti della magistratura sulla durata del periodo di comporta*, in *DRI*, 2, 2023.

DE FALCO, *Accomodamenti ragionevoli: sovvenzioni nel settore privato, accessibilità ovunque*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 4, p. 429 ss.

DE FALCO, *Con gli occhi delle donne (con disabilità) nel mondo del lavoro*, 8 marzo 2022, reperibile sul sito <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/con-gli-occhi-delle-donne-con-disabilita-nel-mondo-del-lavoro/>.

DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 5, p. 1738 ss.

DE LUCA, *La Corte di Giustizia UE prende posizione sul licenziamento a causa dell'obesità*, in *Lav. giur.*, 2016, 2, p. 139 ss.

DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2008, p. 537.

DEL PUNTA, *La sospensione del rapporto di lavoro. Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110-2111*, Giuffrè, 1992.

DELLA ROCCA, *La malattia del lavoratore subordinato tra vecchie e nuove tutele*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 62.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Equiparazione malattie croniche e disabilità: una via per riconoscere tutele ai malati cronici?*, in *Bollettino ADAPT*, 17 maggio 2016.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La tutela dei lavoratori con malattie croniche in Spagna*, in *DRI*, fasc. 2, 2023.

GAROFALO, *I diritti sociali nella bufera della pandemia*, *Working Paper ADAPT*, n. 5/2023, pp. 32-35.

GAROFALO, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 1224 ss.

GASPARRO, *Ancora sugli accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. prev. oggi*, 2021, p. 372.

GIAPPICHELLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un treno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 758.

GUAGLIANONE, *Licenziamento per assenteismo e indiretta discriminatorietà per motivi di disabilità. A proposito della sentenza Conejero (C-270/16)*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 3, p. 271 ss.

GUARISO, *Nota a Corte di giustizia UE, sez. II, 11 aprile 2013, n. 335, C-335/11 e C-337/11*, in *D&L*, 1-2, 2013, p. 43 ss.

HEIGL, *Recommendations from ENWHP's ninth initiative. Promoting healthy work for employees with chronic illness*, ENWHP, 2013, 8.

IZZU, *Commento all'articolo 26. Inserimento dei disabili*, in ALLEGREZZA, MASTROIANNI, POLLICINO, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 499.

KOCHER, *A narrative literature review regarding job retention strategies for people with chronic illnesses*, *Work*, Volume 46, pp.125 -134.

LAMBERTI, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 2022, 6, p. 192.

- LAMBERTUCCI, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. mer. lav.*, 2020, p. 33.
- LAMBERTUCCI, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. merc. lav.*, 2020, p. 33.
- LEROUGE, *La malattia progressiva cronica sul lavoro nel diritto sociale francese*, in *DRI*, fasc. 2, 2023.
- LEVI, *Sostenibilità del lavoro e tutela della salute in senso dinamico: la prospettiva privilegiata delle malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 2, pp.280-281.
- MARESCA, *Disabilità e licenziamento per superamento del periodo di comporto*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 2.
- MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, "accomodamenti ragionevoli" e obbligo di "repechage"*, in *Labor*, 2020, p. 636.
- MARINO, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza delle Corti*, in *Lav. dir.*, 2021, II, p. 399 ss.
- MAZZANTI, *La fragilità tra poliedricità e multifattorialità*, in FILI (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità? Ragionando degli effetti dell'invecchiamento della popolazione sulla società, sul mercato del lavoro e sul welfare*, Modena, 2022.
- MORANA, *Relazione sul tema Salute e sicurezza sociale nella prospettiva costituzionale*, Taranto 1° luglio 2024, nell'ambito dei Seminari Previdenziali Maceratesi, VIII Edizione.
- NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell'ordinamento internazionale*, in *Variaz. temi dir. lav.*, 2020, 4, p. 879 ss.
- PASCUCCI, *L'emersione della fragilità nei meandri della normativa pandemica: nuove sfide per il sistema di prevenzione?*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 4, 2023, p. 677 ss.
- PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, 1, p. 209.
- PATHWAYS PROJECT, *Report on the comparison of the available strategies for professional integration and reintegration of persons with chronic diseases and mental health issues*, www.pathways.eu, 2016, 20, 22 ss.

ROMANO, BRAMANTE, *Lo stato di fragilità: ricostruzione storico-normativa*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2020, 1, pp. 87-95.

SALVAGNI, *Nozione eurolunitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 2.

SARDARO, *Le discriminazioni per disabilità nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Lav. giur.*, 2017, p. 1139.

SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Dir. merc. lav.*, 2017, p. 49.

TAMBURRO, *La nozione di fragilità nel prisma del rischio alla salute*, in *Mass. giur. lav.*, 2024, 1, p. 133.

TATARELLI, *La malattia nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2002, p. 169 ss.

TEKLE, *Un'interpretazione sistemica degli accomodamenti ragionevoli nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e nei pronunciamenti del Comitato ONU come strumento di uguaglianza trasformativa e giustizia sociale*, in *Dir. sic. lav.*, 2024, 2, p. 139 ss., p.141.

TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *DRI*, 2015, n. 3, p. 721.

TORSELLO, *I ragionevoli accomodamenti per il lavoratore disabile nella valutazione del Centro per l'impiego*, in *VDTL*, 2022, n. 2, pp. 243-244.

VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, n. 1, I, p. 121

VENCHIARUTTI, *La disabilità secondo la Corte di giustizia: il modello bio-psico-sociale diventa "europeo"?*, in *Diritti comparati*, 15 maggio 2014.

VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Dir. relaz. ind.*, 2008, p. 849.

VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *Dir. sic. lav.*, 2024, 1, p. 9.

VICK, LIGHTMAN, *Barriers to employment among women with complex episodic disabilities*, in *Journal of disability policy studies*, 2010, 71.

VIZIOLI, *Malattia e handicap di fronte alla Corte di giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 758.

VOZA, *Eguaglianza e discriminazioni nel diritto del lavoro. Un profilo teorico*, Relazione al Congresso AIDLaSS, 15 maggio 2024, Dattiloscritto, p. 54.

**LAVORO FORZATO E IMPORTAZIONI: IL REGOLAMENTO UE
2024/3015 E GLI STANDARD RILEVANTI DELL'ORGANIZZAZIONE
INTERNAZIONALE DEL LAVORO. PROFILI CRITICI**

*Forced labour and importation: EU Regulation 2024/3015 and ILO relevant Standard.
Critical aspects*

Andrea Sitzia¹

Università degli Studi di Padova

Valter Zanin²

Università degli Studi di Padova

DOI: <https://doi.org/10.62140/ASVZ1502025>

Sommario: 1. Premessa; 2. Il Regolamento (UE) 2024/3015 e la nozione di lavoro forzato: il diritto dell'UE interagisce direttamente con gli standard OIL; 3. La definizione di lavoro forzato o obbligatorio; 4. Il Regolamento (UE) 2024/3015 e il mancato riconoscimento della gravità della persistente responsabilità degli Stati come “perpetratori di lavoro forzato”; 5. Il Regolamento (UE) 2024/3015 e le stime

¹ Andrea Sitzia è Professore associato di Diritto del Lavoro nel Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali dell'Università degli Studi di Padova. E-mail: andrea.sitzia@unipd.it.

² Valter Zanin è Ricercatore Universitario a tempo indeterminato di Sociologia presso il Dipartimento di Filosofia, Sociologia, Pedagogia e Psicologia Applicata dell'Università degli Studi di Padova. E-mail: valter.zanin@unipd.it. Lo scritto è frutto di una riflessione congiunta degli Autori, tuttavia A. Sitzia ha curato personalmente i paragrafi 1, 2, 3; V. Zanin i paragrafi 4, 5, 6, 7.

dell'OIL sul lavoro forzato: il problema della minimizzazione del fenomeno; 6. Sulla coerenza del Regolamento rispetto agli Standard OIL rilevanti: l'assenza dei lavoratori come attori; 7. Cenni alla uniformazione e reciprocità di trattamento e all'idea di lavoro sottesa al Regolamento (UE) 2024/3015; 8. Profili conclusivi.

Riassunto: Questo lavoro intende avviare una riflessione sulla portata del Regolamento UE 2024/3015 che introduce norme che vietano agli operatori economici di immettere e mettere a disposizione sul mercato dell'UE o di esportare dal mercato dell'Unione prodotti ottenuti con il lavoro forzato. Premessa una analisi della struttura essenziale del regolamento e della novità, giuridicamente assai rilevante, relativa al recepimento da parte di uno strumento normativo europeo di una nozione direttamente attinta dallo Standard OIL di riferimento (paragrafi 2 e 3), il saggio prosegue sviluppando un esame critico di alcuni profili che si ritengono particolarmente rilevanti: il ruolo degli Stati come "perpetratori di lavoro forzato" (paragrafo 4), il problema della correttezza delle stime di riferimento (paragrafo 5), l'assenza di attribuzione di un ruolo attivo ai lavoratori ed alle loro rappresentanze anche in termini sanzionatori (paragrafo 6) ed, infine, il problema della esclusione dei servizi di trasporto.

Parole chiave: lavoro forzato; divieto prodotti ottenuti con il lavoro forzato; Unione Europea; OIL.

Abstract: This essay intends to introduce a consideration on the scope of EU Regulation 2024/3015 which introduces rules prohibiting economic operators from placing and making available on the EU market or exporting from the EU market products obtained by exploiting forced labor. After an analysis of the essential structure of the Regulation and of his novelty, legally very relevant, relating to the adoption by a European regulatory instrument of a concept directly drawn from the reference ILO Standard (paragraphs 2 and 3), the essay continues with a critical examination of some profiles that are considered particularly relevant: the role of States as "perpetrators of forced labor" (paragraph 4), the problem of the correctness of the reference estimates (paragraph 5), the absence of a strong consideration of the

role of workers and their representatives also as active and eventually sanctioning actors (paragraph 6) and, finally, the problem of the exclusion of transport services.

Keywords: forced labour; prohibiting products made with forced labour; European Union; ILO.

1. Premessa

Il Regolamento (UE) 2024/3015 del 27 novembre 2024, in vigore dal 13 dicembre 2024, ma applicabile a decorrere dal 14 dicembre 2027, stabilisce norme che vietano agli operatori economici di immettere e mettere a disposizione sul mercato dell'UE o di esportare dal mercato dell'Unione prodotti ottenuti con il lavoro forzato.

La proposta di Regolamento richiamava espressamente, nell'*explanatory memorandum*, tra le ragioni dell'adozione dello strumento normativo, le stime OIL sulla diffusione globale del lavoro forzato e identifica negli strumenti internazionali allegati alla proposta di Regolamento, le fonti di regolazione della materia, tra le quali rilievo preponderante viene attribuito alla Convenzione OIL n. 29 ed al relativo Protocollo del 2014, alla Convenzione OIL n. 105 e alla Guida per assistere gli imprenditori europei per prendere misure appropriate per escludere il rischio di lavoro forzato nelle operazioni e nelle catene di appalti, adottata dalla Commissione nel luglio 2021.

Queste “linee guida”, in apertura, fanno propria la definizione e gli indicatori di lavoro forzato elaborati dalle fonti OIL, e precisano che un'efficace due diligence «consente alle aziende di identificare e affrontare gli impatti potenziali ed effettivi sui diritti umani e sull'ambiente legati alle loro operazioni, ai loro prodotti o alle loro attività e servizi, anche nelle loro catene di fornitura e nei rapporti commerciali».

Si tratta di un processo continuo proattivo e reattivo finalizzato a ottenere miglioramenti continui, e l'elaborazione delle linee guida costituirà certamente un momento di grandissima rilevanza ed impatto sull'implementazione dell'Regolamento in termini concreti.

Questo lavoro intende introdurre una riflessione sulla portata del Regolamento UE partendo da una analisi della sua struttura e della novità, giuridicamente assai rilevante, relativa al recepimento da parte di uno strumento normativo europeo di una nozione direttamente attinta dallo Standard OIL di riferimento (paragrafi 2 e 3). Segue un esame critico di alcuni profili che si ritengono particolarmente rilevanti: il ruolo degli Stati come “perpetratori di lavoro forzato” (paragrafo 4), il problema della correttezza delle stime di riferimento (paragrafo 5), l'assenza di una forte considerazione del ruolo dei lavoratori e delle loro rappresentanze anche in termini sanzionatori (paragrafo 6) ed, infine, il problema della esclusione dei servizi di trasporto.

2. Il Regolamento (UE) 2024/3015 e la Nozione di Lavoro Forzato: il Diritto Dell'ue Interagisce Direttamente con gli Standard Oil

Come noto, l'articolo 15, paragrafo 5, lettera d), della Costituzione dell'OIL chiarisce che solo gli Stati membri dell'OIL possono ratificare le Convenzioni. Ciò significa che quando l'Unione gode della competenza esterna per ratificare una Convenzione OIL - o parti di essa - ai sensi del diritto dell'UE, può farlo solo autorizzando i suoi Stati membri a farlo nell'interesse dell'Unione e, quando la competenza è esclusiva, tale autorizzazione è l'unico mezzo consentito con cui gli Stati membri possono ratificare una Convenzione OIL come materia di diritto dell'UE. Ne deriva che la parte responsabile della firma, della ratifica e dell'attuazione di una Convenzione OIL è sempre lo Stato membro, non l'Unione³.

³ Si può evidenziare che l'Unione può anche avere la competenza ad introdurre misure di attuazione sovranazionali accanto all'attuazione a livello nazionale. Il punto chiave degli accordi misti - in cui la sostanza dell'accordo internazionale rientra in parte nella competenza dell'Unione e in parte in quella degli Stati membri - è che sono negoziati, stipulati e attuati sia dall'Unione che dagli Stati membri. Sul tema cfr. European Commission, “Analysis – in the light of the European Union acquis – of ILO up to date Conventions”, 2013, spec. p. 40 (https://tem.fi/documents/1410877/2971009/Analysis_in_the_light_of_the_European_Union_acquis_of_ILO_up_to_date_Conventions.pdf/891916d0-80e5-4988-9ebb-78be24e3a3ab/Analysis_in_the_light_of_the_European_Union_acquis_of_ILO_up_to_date_Conventions.pdf).

Il Regolamento 2024/3015, all'art. 1, presenta una struttura del tutto particolare. Il Regolamento, infatti, stabilisce norme che, nella sostanza, vietano agli operatori economici di immettere e mettere a disposizione sul mercato dell'UE o di esportare dal mercato dell'Unione prodotti ottenuti con il lavoro forzato⁴.

La finalità del Regolamento, esplicitata nell'art. 1, è quella di “migliorare il funzionamento del mercato interno e contribuire alla lotta contro il lavoro forzato”, ed è radicata nel riconoscimento del fatto che “la disponibilità di prodotti ottenuti con il lavoro forzato sul mercato dell'Unione o di esportarli verso paesi terzi senza un meccanismo efficace per vietare o ritirare tali prodotti costituisce [...] una preoccupazione pubblica di ordine morale” (Considerando 15).

In termini generali, questo Regolamento si pone nella linea di attuazione delle priorità fondamentali dell'Unione come sancite dal piano d'azione dell'UE per i diritti umani e la democrazia 2020-2024⁵, che espressamente includono “la ratifica e l'effettiva attuazione delle convenzioni e dei protocolli pertinenti dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro” in materia di promozione del lavoro dignitoso (Considerando 14), valorizzando, come premessa, che “tutti gli Stati membri hanno ratificato le convenzioni fondamentali dell'OIL nel settore del lavoro forzato”⁶, di tal

⁴ Si tratta, dunque, di una regolazione che, come rilevato in dottrina con riferimento agli Accordi GATT-OMC, “contribuisce a regolare, al contempo, la concorrenza sleale tra attori economici e ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali delle persone” (così Adalberto Perulli, in Adalberto Perulli, Vania Brino, *Diritto internazionale del lavoro*. Giappichelli, 2023, pag. 11).

⁵ Si veda la Comunicazione Congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio del 25 marzo 2020 (JOIN(2020) 5 final) che, tra i mezzi di attuazione, declinati nel corpo dell'allegato, individua la “promozione della ratifica e dell'attuazione delle convenzioni pertinenti delle Nazioni Unite e dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e dei relativi protocolli opzionali”, specificando, nella lettera F, l'obiettivo di “propugnare una politica di tolleranza zero nei confronti del lavoro minorile e l'eliminazione del lavoro forzato, anche sostenendo partenariati a tutti i livelli, i diritti dei lavoratori nelle relazioni commerciali dell'UE, la promozione della dovuta diligenza in materia di diritti umani nelle catene di approvvigionamento globali e gli sforzi tesi a promuovere la ratifica del protocollo dell'OIL sul lavoro forzato” (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12122-Diritti-umani-e-democrazia-nellUE-Piano-dazione-2020-2024_it).

⁶ A questo riguardo, come si vedrà più oltre, il Considerando non tiene conto del fatto che ben otto Paesi Membri dell'UE non hanno, ad oggi ratificato il Protocollo OIL sul lavoro forzato del 2014.

ché “essi sono [...] giuridicamente tenuti a prevenire ed eliminare il ricorso al lavoro forzato e a riferire regolarmente all’OIL” (Considerando 4).

A questo riguardo, il Comitato economico e sociale, nel sottolineare l’importanza di creare un quadro normativo armonizzato a livello dell’UE nel campo della promozione del rispetto dei diritti economici, sociali, culturali e del lavoro e, di conseguenza, della eliminazione di tutte le forme di lavoro forzato e di sfruttamento, si era espresso favorevolmente rispetto alla proposta di regolamento considerandolo “uno strumento normativo adeguato per garantire la coerenza tra la legislazione dell’UE [...] e la legislazione nazionale”, funzionale, dunque, alla prospettiva di una integrazione fra diversi livelli di azione volti a promuovere l’eliminazione del lavoro forzato e l’attuazione delle norme internazionali sulla condotta responsabile delle imprese. Il CESE, inoltre, si era focalizzato sul tema della ratifica del Protocollo OIL relativo alla Convenzione n. 29 del 1930, considerandola come “il primo passo per garantire un’attuazione effettiva” delle misure di prevenzione ed eliminazione del ricorso al lavoro forzato sia all’interno che all’esterno dell’UE, ed in questa prospettiva aveva affermato che “l’UE deve seguire le raccomandazioni del protocollo nel quadro della sua attività politica e legislativa, e promuovere l’iter internazionale di ratifica utilizzando tutti gli strumenti disponibili (ad esempio, accordi commerciali, cooperazione allo sviluppo, dialogo sui diritti umani ecc.)”⁷.

Nella prospettiva dell’OIL, potremmo dire, in qualche misura, specularmente, è stato sostenuto che le fasi concrete del Pilastro sociale europeo possono considerarsi come possibile input per una ulteriore interazione tra OIL e legislazione dell’UE, atteso che vi sono tematiche di rilevanza fondamentale, tra i temi dell’UE, che sono pienamente sostenute dall’OIL; lo studio dell’Ufficio internazionale del Lavoro sottolinea che la convergenza verso migliori risultati socio-

⁷ Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Divieto dei prodotti ottenuti con il lavoro forzato sul mercato dell’Unione», COM(2022) 453 final, in particolare ai paragrafi 2.8 e 3.1 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022AE5362>).

economici potrebbe essere la base per un'Europa più integrata e stabile e per un'unione monetaria pienamente funzionante⁸.

Ora, il Regolamento 2024/3015, già dal suo primo Considerando, concentra l'attenzione sulla azione normativa dell'OIL, che viene presa a parametro di riferimento, motivazione e giustificazione dell'introduzione, nel quadro legislativo dell'Unione, del divieto di prodotti ottenuti con il lavoro forzato, inteso come strumento che "dovrebbe contribuire agli sforzi internazionali volti ad abolire il lavoro forzato" (Considerando 19).

Questo consente di affermare che il Regolamento in esame rappresenta la punta più evoluta della recente tendenza dell'UE a promuovere i propri valori (qui, segnatamente, quelli relativi al rispetto dei principi fondamentali e dei diritti umani) conferendo loro una maggiore legittimità in quanto principi condivisi dall'intera comunità internazionale.

In questo modo, l'Unione mostra, rafforzando la propria azione attraverso il richiamo del riferimento internazionale, di difendere anche i propri interessi, in quanto Paesi membri non dovrebbero approfittare di standard di lavoro più bassi per avere vantaggi competitivi sleali⁹.

In questo Regolamento la convergenza tra il diritto dell'UE e quello dell'OIL, per quanto riguarda oggetto ed obiettivo della regolazione giuridica¹⁰,

⁸ Cfr. International Labour Office (2016), "Building a social pillar for European convergence", (https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_490959.pdf)> accessed 4 October 2019).

⁹ Sul tema cfr. Pons-Deladriere, Geneviève, "European Union Participation and Cooperation in ILO Institutions and Activities: an ILO Perspective", in Kaddous, Christine (ed), "The European Union in International Organisations and Global Governance" (Hart Publishing 2015), p. 96-98.

¹⁰ La Corte di giustizia, invero, in diverse decisioni ha fatto riferimento ed ha effettivamente applicato le norme dell'OIL in materia di lavoro nelle sue sentenze, soprattutto nell'ambito della tematica dell'orario di lavoro e del lavoro a tempo parziale, dimostrando così che, anche se non esiste un legame diretto tra le norme dell'OIL e il diritto dell'UE, in generale l'applicazione di alcune norme fondamentali dell'OIL può essere efficacemente garantita attraverso gli obblighi giuridici comuni a tutti gli Stati membri dell'UE (si veda ad esempio la causa Schultz-Hoff, Grande Sezione, 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, dove la Corte ha espressamente confermato la rilevanza della Convenzione n. 132 dell'OIL per l'interpretazione della direttiva 2003/88).

raggiunge un livello di pienezza (quantomeno apparente, per quanto si dirà più oltre), in quanto la definizione stessa di “lavoro forzato” viene allineata alla definizione contenuta nella Convenzione OIL del 1930, attraverso un esplicito e formale richiamo che realizza una incorporazione nel diritto dell’UE dell’art. 2 della Convenzione OIL.

Il Regolamento del 2024 si muove oltre il livello ordinario di relazione tra diritto dell’UE e standard internazionali, dove le norme dell’OIL vengono prese in considerazione soltanto mediatamente e settorialmente nell’applicazione e nell’interpretazione del diritto dell’UE, soprattutto da parte della Corte di giustizia¹¹.

L’art. 2.1 del Regolamento opera un rinvio espresso, definendo come lavoro forzato “il lavoro forzato o obbligatorio, quale definito all’articolo 2 della convenzione OIL n. 29, compreso il lavoro minorile forzato”, e, negli stessi termini, l’art. 2.2 definisce il lavoro forzato imposto dalle autorità statali come “il ricorso al lavoro forzato quale descritto all’art. 1 della Convenzione OIL n. 105” del 1957, anch’essa dunque, ai fini definitivi, incorporata nel diritto dell’Unione.

3. La Definizione di Lavoro Forzato o Obbligatorio

La definizione di “lavoro forzato” è, dunque, quella fornita dalla Convenzione OIL del 1930, a mente della quale “[...] il termine lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente”.

Elemento caratteristico del diritto a non essere sottoposti a lavoro forzato o obbligatorio è il suo carattere interdittivo fondamentale, applicabile a qualsiasi persona fisica, senza alcuna distinzione di età, nazionalità o tipologia o qualificazione giuridica (inerente al carattere subordinato o autonomo del vincolo contrattuale) del lavoro o servizio prestato, durata o luogo di lavoro, che si tratti di lavoro a domicilio

¹¹ In argomento Murray, Jill, “Transnational Labour Regulation: The ILO and EC compared” (Kluwer Law International 2001).

o domestico, o dal fatto che il rapporto si sia instaurato *de iure* o *de facto* o ancora che il lavoro o servizio abbia natura economicamente rilevante o no. Il divieto di lavoro forzato o obbligatorio ha, dunque, un capo di applicazione estremamente vasto ed ha natura perentoria¹².

Ciò che connota in termini giuridici il lavoro “forzato o obbligatorio” è il requisito del “vincolo”, ovverosia l’elemento della costrizione, caratterizzato dall’assenza di consenso libero e di libertà¹³.

La minaccia di una punizione è, poi, l’elemento centrale nella qualificazione del lavoro come obbligatorio o forzato. A questo riguardo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha avuto modo di precisare che la punizione/sanzione deve essere sufficientemente scoraggiante per poter costituire minaccia di una sanzione, l’obbligo deve essere ingiusto e oppressivo e comunque la sua esecuzione deve costituire un disagio evitabile¹⁴.

In alternativa alla minaccia di una punizione, la Convenzione considera come elemento caratterizzante il lavoro forzato o obbligatorio il fatto che per lo svolgimento del lavoro medesimo la persona non si sia offerta spontaneamente. Il requisito dell’offerta spontanea richiede la verifica di una serie di aspetti relativi alla forma e allo scopo del consenso, la presenza o meno di una coercizione, esterna o

¹² In dottrina, per tutti, Thouvenin, J.-M., “Travail forcé ou obligatoire, in Thouvenin J.-M., Trebilcock A. (dir.), *Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels*. Tome 2. Règles du droit international social”, Bruxelles, 2013, p. 1417 e seg.

¹³ Così Bureau Internationale du Travail, Rapport I (B), *Une alliance mondiale contre le travail forcé*, CIT, 93^e Session, Genève, juin 2005, p. 5, par. 13.

¹⁴ Si veda in particolare Corte EDU, Sezione Plenaria, 23 novembre 1983, app. No. 8919/80, caso Van der Musselle contro Regno del Belgio, relativa al caso di un praticante avvocato che era stato chiamato a fornire servizi gratuiti di assistenza ad imputati indigenti. Si consideri che la Convenzione europea dei diritti dell’uomo del 1950, all’art. 4, contiene una definizione analoga a quella fornita dalla Convenzione OIL, e che la Convenzione europea viene correntemente interpretata dalla Corte di Strasburgo prendendo a riferimento la Convenzione OIL, atteso che “it is evident that the authors of the European Convention [...] based themselves, to a large extent, on an earlier treaty of the International Labour Organisation, namely Convention No. 29 concerning Forced or Compulsory Labour” (punto 32 della motivazione).

indiretta, attribuibile o meno allo Stato, e al suo relativo impatto, la possibilità di revocare il consenso che sia stato dato liberamente all'inizio.

Vi è poi il tema, relevantissimo, delle eccezioni, previste dall'art. 2 della Convenzione, a norma del quale “il termine lavoro forzato o obbligatorio non comprenderà, ai fini della presente convenzione: a) ogni lavoro o servizio di carattere puramente militare richiesto dalla legge sul servizio militare obbligatorio; b) ogni lavoro o servizio facente parte dei normali obblighi civili dei cittadini di un paese che si governi in piena indipendenza; c) ogni lavoro o servizio richiesto a una persona a seguito di una condanna emessa in tribunale, a condizione che tale lavoro o servizio venga eseguito sotto la vigilanza e il controllo delle pubbliche autorità e che la persona non sia impiegata o messa a disposizione di singoli privati, o di imprese e società private; d) ogni lavoro o servizio richiesto in situazioni di emergenza, cioè in caso di guerra, di calamità o minaccia di calamità, come incendi, inondazioni, carestia, terremoti, epidemie ed epizoozie violente, invasione di animali, insetti o parassiti vegetali nocivi, e in genere ogni circostanza che metta — o rischi di mettere — in pericolo la vita e le condizioni normali di esistenza dell'insieme o di una parte della popolazione; e) i piccoli lavori di interesse collettivo, cioè i lavori eseguiti dai membri di una comunità nell'interesse diretto della comunità stessa, lavori che possono pertanto essere considerati come normali obblighi civili per i membri di una comunità e sulla cui necessità essi stessi o i loro rappresentanti diretti abbiano il diritto di pronunciarsi”.

Si tratta, in buona sostanza, di una serie di lavori espressamente ammessi dalla Convenzione. A questo riguardo, a livello regionale, nella prospettiva della Convenzione europea del 1950, la Corte di Strasburgo¹⁵ ha precisato, in termini pienamente esportabili all'interpretazione della Convenzione OIL del 1930, che il paragrafo sulle eccezioni non intende “limitare” l'esercizio del diritto garantito in termini di divieto di lavoro forzato o obbligatorio, ma “delimitare” il contenuto stesso

¹⁵ Si veda, anche in questo caso, la sentenza Van der Musselle contro Regno del Belgio del 23 novembre 1983, cit.

di tale diritto, indicando ciò che il termine “forzato o obbligatorio” non deve escludere e, dunque, il paragrafo sulle eccezioni deve essere utilizzato come un “ausilio” nell’interpretazione del divieto generale.

I quattro paragrafi del paragrafo 3 dell’art. 4 della Convenzione europea (corrispondenti alle cinque lettere del paragrafo 2 della Convenzione OIL n. 29), nonostante la loro diversità, si fondano, sempre secondo l’orientamento della Corte europea dei diritti dell’uomo, sulle concezioni fondanti di interesse generale, di solidarietà sociale e di ciò che è normale in situazioni di ordinarietà.

Per quanto concerne il lavoro richiesto a seguito di una condanna emessa in Tribunale si tratta di ipotesi di effettiva pretesa giuridicamente obbligatoria e vincolante, diretta conseguenza di una condanna emessa da una autorità giudiziaria.

Qui si pone un tema di grande rilevanza, quello del lavoro dei detenuti, espressamente richiamato dal Considerando 1 del Regolamento, che è caratterizzato dalla vigilanza e dal necessario controllo delle autorità pubbliche, e rientra tra le esenzioni previste espressamente per particolari ragioni politiche/di interesse generale, in qualche modo riconducibili al concetto del perseguimento necessario di un beneficio civico generale, che si ricollega, in termini di beneficio indiretto, nell’effetto riabilitativo che dovrebbe essere provocato dal lavoro¹⁶.

Questa esenzione è interessante perché molto discusso è il problema del lavoro dei detenuti a profitto di soggetti privati, ritenuto ammissibile, nella prospettiva degli organi di controllo dell’OIL, solo se volontario.

¹⁶ Si veda, al riguardo, Andrea Sitzia, *Il lavoro delle persone detenute nel sistema del diritto dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro*, Padova, PUP, Padova University Press, 2023 (<https://www.padovauniversitypress.it/it/publications/9788869383847>), spec. pag. 20 e seg.; Andrea Sitzia, Benoît Lopez, *Travail des détenus, systèmes de préférences douanières et travail décent : analyse critique et perspectives*, *Revue Internationale du Travail*, 2023, Volume 162, Issue 2, pages 337-359 (open access: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/ilrf.12233>); Faina Milman-Sivan, Yair Sagy, *L’Organisation internationale du Travail et le travail pénitentiaire: une invitation à changer de paradigme*, in *Revue internationale du Travail*, vol. 159, 2020, n. 4, pag. 561 e seg.

Nel caso del lavoro dei detenuti è problematica la verifica della sussistenza del requisito della libera manifestazione di consenso e dell'assimilabilità delle condizioni di lavoro, che non devono essere di gran lunga diverse da quelle normalmente associate ad un rapporto di lavoro privato "ordinario" (potremmo dire svolto nel contesto della libertà dal condizionamento del regime detentivo).

Il lavoro dei detenuti, inoltre, è un campo di indagine rilevante nella prospettiva del Regolamento del 2024 sul divieto di prodotti ottenuti con il lavoro forzato sul mercato dell'Unione, soprattutto se si tiene conto del dibattito, molto acceso negli anni Trenta del Novecento, che evidenziava come si trattasse di una forma di lavoro percepita come potenziale veicolo di competizione concorrenziale internazionale.

Anche l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT), accordo internazionale firmato il 30 ottobre 1947 a Ginevra per stabilire le basi per un sistema multilaterale di relazioni commerciali con lo scopo di favorire la liberalizzazione del commercio mondiale, tra le eccezioni generali comprende quella relativa agli articoli fabbricati nelle prigioni.

Qui il lavoro viene individuato espressamente come un potenziale fattore di distorsione della concorrenza internazionale, riferendosi alle condizioni di produzione di un bene¹⁷.

Tornando al Regolamento e alla nozione rilevante di lavoro forzato o obbligatorio si deve anche considerare che oltre al rinvio esplicito alle definizioni date dalla Convenzione il Regolamento richiama gli indicatori elaborati dall'OIL per individuare e segnalare casi di lavoro forzato, quali minacce e danni fisici e sessuali effettivi, abuso delle situazioni di vulnerabilità, abuso delle condizioni di vita e di lavoro, come pure eccesso di lavoro straordinario, inganno, limitazione dei movimenti, confinamento sul luogo di lavoro o in una zona limitata, isolamento, servitù per debiti, mancato pagamento dei salari o riduzione eccessiva degli stessi,

¹⁷ Sul tema si veda Adalberto Perulli, cit., pag. 129.

sottrazione del passaporto e dei documenti di identità o minaccia di denuncia alle autorità se il lavoratore si trova in una condizione di immigrazione irregolare.

Questi indicatori non sono richiamati solamente dal Considerando 1, ma anche nel corpo precettivo del Regolamento, ed in particolare ai fini della elaborazione delle linee guida che la Commissione è chiamata ad elaborare e rendere disponibili entro il 14 giugno 2026, e che devono comprendere “informazioni sugli indicatori di rischio del lavoro forzato [...] basate su informazioni indipendenti e verificabili, comprese le relazioni di organizzazioni internazionali, in particolare dell’Organizzazione internazionale del lavoro” (art. 11, par. 1, lett. e); Considerando 32-36).

Gli indicatori OIL, del resto, sono stati utilizzati come parametro per l’implementazione degli indici di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro nell’ordinamento italiano, che li recepisce nella costruzione della fattispecie criminosa di cui all’art. 603-bis del codice penale, come novellato con legge n. 199 del 2016¹⁸.

Questa norma, invero, punisce chiunque “1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l’attività di intermediazione di cui al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno”, e individua, quale indice di sfruttamento, la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni: “1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all’orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all’aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei

¹⁸ Per un esame della norma richiamata nel testo si veda Eugenio Erario Boccafurni, Non più solo “uomini e caporali”, l’art. 603-bis c.p. e il suo difficile rapporto con le moderne relazioni industriali, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it* - Anno XXV - Fascicolo n. 1/2025.

luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti”.

Gli indicatori OIL, nel Regolamento, fungono, poi, da strumento su cui basare la “valutazione della probabilità” di violazione del divieto di immissione, messa a disposizione ed esportazione di prodotti ottenuti con il lavoro forzato (art. 14, par. 3, lett. c)).

4. Il Regolamento (UE) 2024/3015 e il Mancato Riconoscimento della Gravità della Persistente Responsabilità degli Stati come “Perpetratori Di Lavoro Forzato”

Passiamo ora a trattare alcuni limiti e aporie del Regolamento. Il Regolamento esordisce, come anticipato, citando, nel Considerando (1), il preambolo del protocollo OIL 29 del 2014 relativo alla Convenzione n. 29 (1930) sul lavoro forzato. Un lettore non informato potrebbe essere erroneamente indotto a pensare che il protocollo 29 (2014) sia riferimento unanime degli Stati membri dell’Unione europea. Invece, ancora a fine 2024, solo 19 Stati su 27 dell’UE hanno ratificato il Protocollo 29 (2014): mancano all’appello Bulgaria, Croazia, Grecia, Italia¹⁹, Romania, Slovacchia, Slovenia, Ungheria.

Nonostante otto Stati della UE non abbiano ancora ratificato il Protocollo 29, le considerazioni contenute nel suo preambolo permeano a fondo il Regolamento. Rileva, al riguardo, l’affermazione, contenuta nel preambolo del Protocollo, secondo cui “sono cambiati il contesto e le forme del lavoro forzato o obbligatorio e che il traffico di persone per lavoro forzato o obbligatorio, che può implicare lo sfruttamento sessuale, è oggetto di una crescente preoccupazione internazionale e richiede misure urgenti per la sua effettiva eliminazione; [...] che un crescente numero di lavoratori sono costretti al lavoro forzato o obbligatorio nell’economia privata” –

¹⁹ Il 23 ottobre 2023, il Consiglio dei Ministri italiano ha comunque approvato lo schema del disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo 29 (2014) di OIL.

ovvero alla valutazione di un ridotto e ridimensionato ruolo degli Stati come perpetratori di lavoro forzato. Di fatto, il Regolamento appare il tentativo di elaborare strumenti e politiche di contrasto al lavoro forzato imposto da attori economici privati: il richiamo alla responsabilità degli Stati, nei Considerando (2), (15), (20) e (21), è privo di conseguenze sull'impostazione complessiva del Regolamento.

Negli ultimi 35 anni, anche studiosi e organizzazioni internazionali e dei diritti umani che operano nel campo della denuncia e del contrasto al lavoro forzato o schiavistico si sono concentrati pressoché esclusivamente sulle forme di estremo degrado del lavoro legate all' iniziativa dell' economia privata in spregio alle leggi vigenti negli Stati di riferimento²⁰. Non esiste ad oggi alcuna opera che fornisca un quadro generale e tenda a un'analisi sistematica del problema degli Stati come perpetratori di lavoro forzato, con la parziale eccezione di alcune, stringate, osservazioni nei rapporti OIL del 2017 e del 2022, relative alle stime del lavoro forzato nel mondo: in tutto, si tratta di sole 3 pagine su 65 del rapporto del 2017 e di sole 8 pagine e mezza su 131 pagine del rapporto del 2022. Per altro, in questa scarsa dozzina di facciate non si trovano indicazioni su quali e quanti siano gli Stati che nel mondo promuovono attivamente forme di lavoro forzato, né in essi viene dato esaurientemente conto delle modalità tramite le quali gli Stati responsabili impongono lavoro forzato.

Risulta quindi diffusa l'idea che il ruolo degli Stati in quanto agenti promotori diretti di lavoro forzato sia in qualche modo residuale. Lo Stato non è dunque affatto trattato in relazione al lavoro forzato e schiavistico, oppure, quando lo è, Stati e governi appaiono deresponsabilizzati o irresponsabili, distratti, oppure corrotti e fallimentari, per cui eventualmente si tratterebbe di riaffermare e rafforzare

²⁰ Posso affermare la quasi assenza del tema degli Stati come perpetratori di lavoro forzato, a partire dalla consultazione di 529 libri e rapporti informativi o di ricerca pubblicati e prodotti su scala internazionale tra il 1990 e il dicembre 2023 e dedicati all'analisi o alla denuncia di forme di lavoro forzato o schiavistico in corso nel quindicennio precedente la pubblicazione di tali opere (in questo senso parlo di opere dedicate all'analisi o denuncia di lavoro forzato e schiavistico contemporaneo). Solo un decimo di queste opere tratta di casi di Stati perpetratori, responsabili diretti, di lavoro forzato, schiavistico, non-libero, coatto (a seconda delle categorie impiegate).

il loro ruolo. Questa idea più o meno latente va a braccetto con l'idea che oggi il lavoro forzato e schiavistico si manifesti in una sfera extra-legale o apertamente illegale, magari anche grazie alla latitanza degli Stati.

Tuttavia, il problema del persistente ma fortemente minimizzato ruolo degli Stati come “perpetratori” di lavoro forzato lascia perplessi non soltanto rispetto agli estensori del Regolamento UE 2024/3015, ma anche alla stessa OIL. Infatti, se da un lato nel Protocollo e nelle stime prodotte dall'OIL si riduce al lumicino l'attuale diretta responsabilità degli Stati come impositori di lavoro forzato, le relazioni annuali del *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* dell'OIL (CEACR) espongono un quadro antitetico, di continua diffusa imposizione di lavoro forzato da parte degli Stati. Riporto qui di seguito i risultati di un'analisi approfondita che ho condotto, per il periodo 2000-2024, sui rapporti annuali di CEACR e sulle richieste dirette rivolte da esso ai diversi governi firmatari delle Convenzioni OIL n. 29 (1930) e n. 105 (1957), per il periodo 2000-2023²¹.

Ricordo che, dal 1932, anno di pubblicazione del primo rapporto annuale del CEACR, uno dei compiti principali del CEACR è stato quello di esaminare le leggi degli Stati che hanno ratificato le Convenzioni dell'OIL per verificare se le norme previste dalla legislazione nazionale sono state adeguate alle Convenzioni sottoscritte e, in caso contrario, per intimare ai governi di modificarle. I rapporti annuali CEACR contengono considerazioni metodologiche e studi di sintesi generali e soprattutto, per ciascuna Convenzione, le cosiddette “osservazioni” specifiche su alcuni Stati [*“observations concerning particular countries”*], per i quali organizzazioni governative, sindacali, padronali e non governative accreditate hanno presentato

²¹ Per un'esposizione più approfondita rimando a: Valter Zanin, *Gli Stati come (ri)produttori e perpetratori di lavoro forzato: una rassegna internazionale 2000-2024*, “Revista Direitos, Trabalho e Política Social”, Cuiabá, v. 11, n. 20 (2025), pp. 1-29; Valter Zanin, *Os Estados como perpetradores de trabalho forçado no mundo: resenha dos relatórios anuais do Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations da OIT (CEACR), 2000-2024*, “Metaxy. Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos”, Rio de Janeiro, v. 6 n. 6 (2025), in corso di pubblicazione; Valter Zanin, *Os Estados como perpetradores de trabalho forçado: resenha comparativa internacional das “observations” e das “direct requests” do CECAR-OIT no período 2000-2023*, “Metaxy. Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos”, Rio de Janeiro, v. 7 n. 7 (2025), in corso di pubblicazione.

analisi o denunce di situazioni contrastanti con le indicazioni delle Convenzioni ratificate – o per i quali gli stessi giuristi dell’ OIL hanno rilevato norme in contrasto con le Convenzioni ratificate. Soltanto le “osservazioni” sono pubblicate nei rapporti CEACR, che però riportano anche verso quali Stati siano state inoltrate cosiddette “richieste dirette” [*“direct requests”*] di chiarificazione di aspetti ritenuti critici. Le “richieste dirette” non vengono pubblicate nei rapporti, ma da circa due anni sono disponibili sul sito dell’ OIL. Va anche detto che mentre le “osservazioni” riferiscono situazioni di appurata violazione delle Convenzioni, le “richieste dirette” sono indizio di elevata – quasi certa – probabilità di violazione delle Convenzioni, tanto che nei rapporti OIL dedicati alle stime del lavoro forzato nel mondo, i contenuti delle “*direct requests*” sono usati come esempi e prove di violazione delle Convenzioni sul lavoro forzato.

Al 2024, esistono 206 entità statali, di cui 193 sono Stati membri delle Nazioni Unite; 187 sono gli Stati membri dell’OIL; di questi ultimi, 181 Stati hanno ratificato la Convenzione n. 29 (1930); 178 la Convenzione n. 105 (1957) e 60 il Protocollo 29 (2014). Nei rapporti annuali del CEACR pubblicati dal 2000 al 2024, sono stati “osservati” 138 Paesi (136 Stati e 2 Territori amministrati da Stati sovrani). Su questi 138 Paesi, non soltanto ben 128 risultano aver violato o soffrire di carenze nell’applicazione delle Convenzioni sul lavoro forzato, ma ben 109 di essi (107 Stati e 2 territori) sono denunciati addirittura come incontrovertibili perpetratori di forme di lavoro forzato, più o meno grave, più o meno diffuso, in ogni caso imposto per legge contravvenendo alle Convenzioni ratificate. Al 2024, ancora 102 Paesi (101 Stati e 1 Territorio) sono perpetratori alla luce delle “osservazioni” del CEACR. Se si passa all’analisi delle “richieste dirette” rivolte, dal 2000 al 2023, dal CEACR ai governi rispetto all’applicazione delle Convenzioni n. 29 e n. 105, sono ben 183 i Paesi sottoposti all’attenzione del CEACR (177 Stati e 6 Territori). Di questi, 180 appaiono come carenti nell’applicazione dei dettami delle Convenzioni o violatori di essi; ma ben 170 sono stati perpetratori certi o probabili di lavoro forzato nel periodo 2000-2023; non meno di 144 risultavano ancora esserlo nel 2023.

Oltre a segnalare quello che appare un mancato dialogo – o la risultante di tensioni neutralizzanti - all'interno dell' OIL, tra Dipartimenti, e tra tecnici e elaboratori di strumenti di indirizzo, va sottolineato che lo stesso Regolamento UE 2024/3015 manca di qualsiasi indicazione volta a contrastare specificamente fattori di imposizione di lavoro forzato da parte degli Stati – fattori che, come abbiamo rilevato, sono tutt'altro che trascurabili, anzi pesantemente determinanti. D'altro canto, per operare in tal senso, è opportuno avere le carte in regola: condizione che l'Unione europea non può esibire.

Infatti, sulla base delle “osservazioni” e delle “*direct requests*” del CEACR, ancora nel 2024 sono 17 gli Stati della Ue che violano la Convenzione n. 29 e/o la Convenzione n. 105, mantenendo leggi e pratiche amministrative che li qualificano come Stati perpetratori di lavoro forzato; ad essi si aggiungono 2 Territori amministrati da Stati europei: Aruba (Paesi Bassi) e Polinesia Francese (Francia).

Sulla base delle “osservazioni” del CEACR, 5 Stati della UE permangono perpetratori al 2024: Austria, Francia, Germania e Ungheria, per violazione dell'art. 2 (c) della Convenzione n. 29, ovvero per privatizzazione del lavoro carcerario, senza adeguata supervisione pubblica, senza adeguate garanzie di assenso volontario da parte di condannati e per accentuata disparità delle condizioni remunerative rispetto ai settori e mansioni di riferimento del lavoro non carcerario²²; la Grecia, in violazione dei commi (c) e (d) dell'articolo 1 della Convenzione 105, per prevedere condanne penali con obbligo di lavoro per disciplinare il lavoro e punire la partecipazione a scioperi dei lavoratori marittimi.

Alla luce delle “*direct requests*”, risultano tuttora Stati perpetratori di lavoro forzato Bulgaria, Estonia, Lettonia, Polonia, Repubblica ceca, Ungheria per violazione del comma (a) dell'art. 1 della Convenzione n. 105, per prevedere condanne penali con obbligo di lavoro come sanzione del dissenso politico e sociale; inoltre Bulgaria, Lettonia, Lituania, Repubblica ceca e il Territorio di Aruba

²² Si veda, al riguardo, Faina Milman-Sivan, Yair Sagy, L'Organisation internationale du Travail et le travail pénitentiaire: une invitation à changer de paradigme, cit.

(amministrato dai Paesi Bassi), per violazione del comma (c) dell'articolo 1 della Convenzione n. 105, per prevedere condanne penali per disciplinare il lavoro, soprattutto di funzionari pubblici.

Per quanto riguarda le infrazioni della Convenzione n. 29, sulla base delle “direct requests”, appaiono tuttora Stati perpetratori di lavoro forzato Bulgaria, Cipro, Paesi Bassi (e Territorio amministrato di Aruba), Polonia, Repubblica ceca e Territorio della Polinesia Francese amministrato dalla Francia, in quanto violatori del comma (c) dell'art. 2 della Convenzione n. 29 sul lavoro carcerario; Danimarca, Paesi Bassi, Portogallo e Spagna, per l'imposizione di lavoro non pagato o sottopagato a percettori di assegni sociali o di disoccupazione, pena la perdita dei benefici sociali; l'Irlanda, per il particolare regime di permessi di lavoro che rende forzato il lavoro degli stranieri impiegati a bordo della flotta peschereccia irlandese; la Grecia, per le restrizioni al diritto di rescissione dei contratti di lavoro da parte degli ufficiali medici dell'esercito.

5. Il Regolamento (UE) 2024/3015 e le Stime DELL' Oil sul Lavoro Forzato: Il Problema della Minimizzazione del Fenomeno

Se anche nel suo insieme il lavoro forzato comminato dagli Stati della UE può essere residuale nelle filiere produttive, lo stesso non può dirsi per il lavoro forzato imposto dagli Stati su scala mondiale. A questo proposito dobbiamo discutere di un'altra nota dolente e dei suoi riverberi. La nota dolente, assunta come presupposto dall' OIL e dal Regolamento UE, riguarda le stime dei lavoratori/trici forzati nel mondo. Nel Considerando (2) del Regolamento UE, vengono riportati in sintesi come attendibili i risultati esposti nel rapporto OIL del 2022 relativo alle stime globali del lavoro forzato. La stima del rapporto OIL del 2022, menzionata acriticamente da più parti, oltre che dal Regolamento UE 2024/3015, è di 27,6 milioni di lavoratori forzati nel mondo, di cui l'86% alle dipendenze di attori economici privati.

Se più di cinque sestimi dei lavoratori/trici forzati nel mondo è sfruttato da imprese private, si capisce che gli strumenti di contrasto possono riguardare quasi esclusivamente la sfera dell'economia privata. Si capisce anche che, sembrando la condizione di lavoro forzato interessare una quota che si aggira intorno allo 0,08% delle persone stimate al lavoro nel mondo nel 2021 (anno di riferimento della stima OIL), il Regolamento UE 2024/3015 appaia molto più preoccupato di non gravare eccessivamente sugli operatori economici che non di tenere in debito conto le riflessioni e le esperienze internazionali di salvaguardia e promozione dei diritti dei lavoratori/trici²³: d'altronde, pur costituendo una grave lesione dei diritti del lavoro e financo dei diritti umani, il lavoro forzato è asserito interessare una quota residuale del mondo lavorativo.

Il problema è che le stime dell'OIL sul lavoro forzato non sono attendibili. Il fatto che siano ripetutamente, ma acriticamente, menzionate non le rende più verosimili. Ricordo che per tutti gli anni Ottanta fino al 1998, le Nazioni Unite e anche l'OIL ripetevano – parimenti senza contestare il dato - con la stima che nel mondo si poteva stimare l'esistenza di circa 250 milioni di schiavi. Questa stima era fornita dalla storica e accreditata organizzazione non governativa britannica Anti-Slavery International, che tuttavia nelle sue pubblicazioni non ha mai esplicitato il metodo e le fonti per l'elaborazione della stessa. In ogni caso, la definizione impiegata per identificare quel numero di schiavi contemporanei era quella contenuta nelle due Convenzioni internazionali sulla schiavitù – quella della Società delle Nazioni del 1926 e quella (di fatto nella definizione generale identica alla precedente) delle Nazioni Unite del 1956 -, ovvero persone sulle quali erano esercitati in tutto o in parte gli

²³ Per una prima discussione di modalità di contrasto al lavoro forzato più o meno alternative rispetto a quelle previste nel regolamento UE 2024/3015, si veda: Genevieve LeBaron, Neil Howard (eds.), *Forced Labour in the Global Economy. Beyond Trafficking and Slavery Short Course*, vol. 2, Open Democracy, 2014, online: <https://hdl.handle.net/1814/38806>, in part. pp. 48-92.

attributi del diritto di proprietà²⁴, quindi in linea di principio un numero inferiore a quello dei lavoratori forzati, come definiti dalle due Convezioni OIL.

Improvvisamente, nel 1999, Anti-Slavery International, sulla scorta della pubblicazione del libro *Disposable People* di Kevin Bales²⁵, che la stessa Anti-Slavery aveva incaricato di elaborare stime della persistenza della schiavitù contemporanea, fa propria la stima proposta da Bales: 27 milioni di schiavi. Per l'autorevolezza riconosciuta ad Anti-Slavery dalle Nazioni Unite e per lo storico ruolo da essa svolto nella denuncia della schiavitù, la evidente enorme disparità delle stime in rapida successione non fu messa in questione²⁶. Nonostante il successo editoriale e il credito di cui tuttora gode Kevin Bales come figura di riferimento del neo-abolizionismo liberale, l'opera di Bales soffre di severe lacune concettuali e della totale assenza di indicazioni metodologiche relative all'elaborazione delle stime. Non avendo qui lo spazio per entrare in una critica dettagliata dell'opera di Kevin Bales²⁷, mi limito a ricordare, come esempio, che Bales nel calcolo del lavoro domestico servile o neo-schiavistico nelle Americhe tiene conto del solo caso dei *restavèk* haitiani, oppure che il fenomeno della schiavitù contemporanea, stando alle stime elaborate dall'Autore, lungi dall'apparire globale, come egli ripete sia, sembra un fenomeno indiano, visto

²⁴ Sull'interpretazione della definizione giuridica di schiavitù contenuta nelle Convenzioni internazionali del 1926 e del 1956, si veda: Jean Allain (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

²⁵ Kevin Bales, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, Berkeley – Los Angeles – London, University of California Press, 1999, trad. it. (di Maria Nadotti), *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, Feltrinelli, 2000.

²⁶ Il problema della disparità delle stime e della estrema riduzione di quelle attuali è dovuto non tanto alle diverse definizioni di schiavitù sottese, che pure esiste, ma anche a decisioni da parte di organizzazioni non governative, tra cui, *in primis*, la stessa Anti-Slavery International, di gonfiare o sgonfiare i numeri delle persone in schiavitù per esercitare pressione su governi e su Organizzazioni internazionali. Al proposito, si vedano gli esempi riportati in Suzanne Miers, *Slavery in the Twentieth Century. The Evolution of a Global Problem*, Walnut Creek – Lanham – New York – London, Altamira Press, 2003.

²⁷ Per prime osservazioni critiche sull'opera di Kevin Bales, rimando a Valter Zanin, *Studi sul lavoro coatto contemporaneo*, Padova, Cleup, 2002, in part. 25-27, 67-92, 101-115. Per la critica dell'opera di Kevin Bales, si vedano anche: Orlando Patterson, *Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present*, in Jean Allain (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 322-359; Orlando Patterson, *Rejoinder: Professor Orlando Patterson's Response to Kevin Bales*, in Jean Allain (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, cit., pp. 373-374.

che l'Autore pensa che quasi venticinque milioni di nuovi schiavi su ventisette si concentrassero appunto nel subcontinente indiano.

Dal canto proprio, l'OIL sembra allinearsi alla nuova stima ridotta e propone su iniziativa di Roger Plant, che diventa direttore dello *Special Action Programme to Combat Forced Labour* (SAP-FL), l'elaborazione (in collaborazione con la Statistical Development and Analysis Unit di OIL) di proprie stime minime del lavoro forzato, esplicitando la metodologia utilizzata. Il risultato sarà *ILO Minimum Estimate of Forced Labour in the World*, pubblicato nel 2005²⁸, che riporta la stima minima di 12,3 milioni di lavoratori/trici forzati nel mondo. Tuttavia, il metodo impiegato è relativo non ad un effettivo tentativo di stima del lavoro forzato nel mondo, bensì ad un'analisi rigorosa dell'attendibilità delle cifre minime contenute in un campione scelto casualmente delle denunce presentate all'OIL nel periodo 1995-2004. Quindi, a rigore, la stima OIL del 2005 non è propriamente una stima, ma un'analisi dei minimi presenti in parte della documentazione in possesso dell'OIL, ovvero non in tutta la documentazione in possesso dell'OIL relativamente al periodo analizzato, né, di conseguenza, in tutta né in parte della produzione internazionale di ricerche e denunce sul lavoro forzato non sottomesse o pervenute all'OIL - e il tutto solo valutando i minimi esplicitamente riportati in forma numerica²⁹.

Sulla base della stessa metodologia, ma tenendo conto di alcune critiche all'estremo minimalismo della stima precedente, nel rapporto del 2012, relativo al periodo 2002-2011, si sostiene l'esistenza minima annua di 20,9 milioni di lavoratori/trici forzati nel mondo³⁰. Le stime pubblicate nel 2017 e nel 2022 si

²⁸ Patrick Belser, Michaëlle De Cock, Farhad Mehran. *ILO Minimum Estimate of Forced Labour in the World*. Geneva: International Labour Organization, 2005.

²⁹ Anche nell'elaborazione di questa "stima" minima hanno avuto il loro peso considerazioni di tipo politico. Racconto un aneddoto. Invitai Roger Plant a partecipare a un seminario internazionale che avevo organizzato a Padova il 30 maggio 2007 su *Lavoro, genere e società nella migrazione cinese*. In quell'occasione, tra le altre cose, gli chiesi perché nel rapporto OIL del 2005 sulla *Minimum Estimate of Forced Labour in the World*, mancassero palesemente i dati sul lavoro forzato nella Repubblica popolare cinese. Plant mi rispose che erano stati omessi di proposito, per non urtare la suscettibilità del governo cinese e non compromettere la sua possibile collaborazione futura nella lotta al lavoro forzato.

³⁰ ILO, *ILO Global Estimate of Forced Labour: Results and Methodology*, Geneva, ILO, 2012.

avvalgono della collaborazione della Walk Free Foundation e della International Organization for Migration (IOM), nonché della consulenza di Kevin Bales. L'innovazione maggiore apportata dalla Walk Free Foundation è l'impiego di un metodo di sondaggi telefonici casuali, ma i suoi metodi e i suoi risultati sono stati oggetto di qualificate critiche a livello internazionale³¹; in ogni caso, i risultati indicherebbero l'esistenza di 24,8 milioni di lavoratori/trici forzati nel 2016 e di 27,6 milioni nel 2021³². Senza mettere nel conto la confusione che può ingenerare l'introduzione fin dai titoli dei due rapporti OIL del 2017 e 2022 della categoria di “*modern slavery*”, che non corrisponde ad alcuna Convenzione internazionale, ma deriva dalle pubblicazioni di Kevin Bales – anche queste stime soffrono di seri problemi, soprattutto di mancato tentativo di rilevazione delle situazioni di certa e probabile occorrenza delle condizioni definite negli indicatori di lavoro forzato elaborati dall' OIL. Solo per fare esempio, se tra gli indicatori di possibile lavoro forzato vi sono minacce di licenziamento o di demansionamento, oppure ritardi nei pagamenti dei salari - magari per indurre ad accettare ore di lavoro straordinarie o trasferimenti e trasferte -, si può seriamente pensare che coloro che potrebbero essere individuati alla luce di questi indicatori rappresentino solo lo 0,08 delle persone al lavoro nel mondo?³³ Oppure, per fare un altro esempio, è accettabile che, alla luce delle condanne penali con obbligo di lavoro per chi partecipa a scioperi non violenti,

³¹ Per critiche alla metodologia di Walk Free Foundation, si vedano: Anne T. Gallagher, *What's Wrong with the Global Slavery Index?*, “Anti-Trafficking Review”, issue 8, 2017, pp. 90—112, www.antitraffickingreview.org; Jessie Brunner, *Inaccurate Numbers, Inadequate: Enhancing Data to Evaluate the Prevalence of Human Trafficking in ASEAN*, Honolulu, East-West Center, 2015.

³² Si vedano: ILO, Walk Free Foundation, IOM (International Organization for Migration). *Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage*. Geneva: ILO, 2017a; ILO, Walk Free Foundation, IOM (International Organization for Migration). *Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage*. Geneva: ILO, 2022.

³³ Va peraltro rilevato che, sulla base di un'interpretazione letterale, non restrittiva, della definizione di lavoro forzato formulata nella Convenzione 29 (1930) di OIL lo stesso lavoro salariato potrebbe essere iscritto nel registro del lavoro forzato. Ho discusso questo problema in: Valter Zanin, *Trabalho não livre, forçado, escravo: problemas definitórios e metodológicos para o estudo diacrônico-comparativo do fenômeno*, in Ricardo Rezende Figueira, Adônia Antunes Prado, Edna Maria Galvão (orgs.), *Trabalho escravo contemporâneo: estudos sobre ações a atores*, 1° ed., Rio de Janeiro, Mauad Editora Ltda., 2017, in part. pp. 318-320. Il primo a denunciare il lavoro salariato come forma di lavoro forzato alla luce della definizione di quest'ultimo data nella Convenzione OIL 29 (1930) è stato Walter Wilson, *Forced Labor in the United States*, New York, International Publishers, 1933.

vadano conteggiati solo i condannati e non anche i minacciati, che rinunciano preventivamente a scioperare per mutare condizioni di lavoro che non avrebbero volontariamente accettato? Non si tradisce in tal modo la lettera della Convenzione 29 che definisce il lavoro forzato come esito della minaccia e non della sola effettiva messa in pratica di essa?

In modo consequenziale, anche le stime prodotte dall' OIL sul lavoro forzato imposto dagli Stati sono ridotte al minimo, anche se al proposito si notano ulteriori carenze e addirittura anomalie.

Nel rapporto sulle stime globali pubblicato dall' OIL nel 2005, il lavoro forzato imposto dagli Stati e da forze armate regolari e ribelli si affermava rappresentasse il 20% dei casi globali di lavoro forzato nel mondo; nel rapporto OIL del 2012, il lavoro forzato imposto dagli Stati e da forze armate regolari e ribelli era stimato essere decresciuto al 10% del totale dei casi; nel rapporto del 2017, il lavoro forzato imposto dagli Stati, ma escludendo quello attribuibile all'iniziativa di forze armate regolari e ribelli, era asserito rappresentare sempre il 10% su un totale di casi che questa volta tenevano conto, oltre che del lavoro forzato, anche dei matrimoni forzati (altrimenti la percentuale sarebbe stata - più correttamente - del 16,5%); nel rapporto del 2022, sempre escludendo i lavori forzati imposti da forze armate regolari e ribelli, gli Stati apparivano responsabili diretti di lavoro forzato nel 14% dei casi (questa volta calcolando correttamente in riferimento al totale stimato del lavoro forzato ed escludendo i matrimoni forzati)³⁴.

³⁴ Rimando per una prima critica e revisione delle stime sul lavoro forzato nel mondo alle osservazioni contenute in due miei articoli, anche perché in essi è rilevante proprio la discussione sul ruolo degli Stati come perpetratori di lavoro forzato: Valter Zanin, *Trabalho forçado e degradante no setor da marinha mercante internacional nos XX e XXI séculos; atualizações e comparações com os trabalhos de terra*, "Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais", Vol. 77 (2020), pp. 263-286; Valter Zanin, *Degradação, violência, jornada exaustiva entre os trabalhadores da frota de carga e cruzeiro internacional*, in Ricardo Rezende Figueira - Adonia Antunes Prado - Murilo Peixota Mota (orgs.), *A escravidão ilegal frente a migração, gênero e novas tecnologias*, Rio de Janeiro, Mauad Editora Ltda., 2022, pp. 311-331. Di questi due testi esiste anche una versione leggermente ridotta in italiano: Valter Zanin, *Lavoro forzato nel settore marittimo mercantile internazionale nel XXI secolo: forme, stime, comparazione con il lavoro forzato a terra*, "Socioscapes", n. 1 (2019), pp. 239-248; Valter Zanin, *Degradazione, violenza, sovraccarico di lavoro tra i lavoratori della flotta internazionale da carico e crocieristica*, "Socioscapes", n. 2 (2022), pp. 133-145.

Tuttavia, nel rapporto dedicato all'approfondimento della metodologia impiegata nell'elaborazione delle stime pubblicate nel 2017, si afferma che gli esperti OIL avevano identificato un totale di 19,2 milioni di lavoratori forzati a causa dei meccanismi legali previsti dagli Stati (sempre escludendo i casi attribuibili all'azione di forza armate regolari e ribelli), prendendo in considerazione soltanto 45 casi individuati in 28 Stati³⁵; per contro, abbiamo rilevato che sono ben 144 gli Stati nel mondo che certamente sono (stati) perpetratori di lavoro forzato nel periodo 2000-2023. In ogni caso, i curatori del rapporto metodologico OIL sulle stime del lavoro forzato dichiarano che, essendo in numerosi casi di breve durata i lavori forzati imposti dagli Stati, si era optato per una riduzione della stima da 19,2 a 4,1 milioni³⁶. Singolare decisione di escludere in tal modo dalla stima ben 15,1 milioni di persone costrette ai lavori forzati dagli Stati³⁷: nel caso fossero state conteggiate, il totale percentuale dei lavoratori forzati per responsabilità degli Stati sarebbe risultato essere del 48% sul totale dei casi di lavoro forzato stimato nel mondo, ma tenendo a mente che il numero reale non può che essere maggiore di quello stimato prendendo in considerazione solo 28 sui 144 Stati perpetratori di lavoro forzato.

Sembra dunque che la vecchia stima di 250 milioni, pur partendo da presupposti categoriali dubbi e in assenza di trasparente metodologia, si avvicini maggiormente alla realtà che non le estreme minimizzazioni del fenomeno invalse dal

³⁵ ILO, Walk Free Foundation, IOM (International Organization for Migration). *Methodology of the global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage*. Geneva: ILO, 2017b, pp. 30-31. Purtroppo né in questa né in altre pubblicazioni di OIL viene detto quali siano questi 28 Stati né quali siano i 45 casi in essi indagati.

³⁶ Purtroppo nei rapporti del 2005, 2012 e 2022, non viene menzionato il numero di casi di lavoro forzato in virtù dell'azione degli Stati risultante dalle stime - numero che poi, sulla base di considerazioni relative alla breve durata (quale mediamente?) di molti di questi casi di lavori forzati, è stato in sede definitiva drasticamente ridotto.

³⁷ Parimenti singolare è anche la decisione di escludere i lavori forzati imposti da forze armate regolari o ribelli dal novero delle ultime stime sul lavoro forzato su scala internazionale. Vanno osservate anche le singolari oscillazioni di supposto o reale declino e poi recupero percentuale delle forme di lavoro forzato attribuite agli Stati, a proposito delle quali non vengono fornite spiegazioni e che non sono riscontrabili per le altre categorie di lavoro forzato.

1999 in avanti e pedissequamente ripetute nelle sedi istituzionali internazionali e nazionali.

6. Sulla Coerenza del Regolamento (UE) 2024/3015 Rispetto Agli Standard Oil Rilevanti: L'assenza dei Lavoratori come Attori

Le questioni analizzate nel paragrafo precedente evidenziano un quadro ampiamente sottostimato della consistenza e configurazione del fenomeno, seppur mutuata dalle posizioni ufficiali dell'OIL, che non manca di improntare di sé gli orientamenti del Regolamento UE 2024/3015. Pare evidente che la presenza di stime incomplete può impattare sulle attività previste dal Regolamento volte alla costruzione di una banca dati sul lavoro forzato, all'apertura di possibili collaborazioni con centri di ricerca e all'elaborazione di stime in vista della valutazione dell'efficacia delle misure che il Regolamento intende adottare – quelle premesse si riflettono ulteriormente sull'insieme del Regolamento.

Come ricordavamo sopra, dato che il lavoro forzato è una grave lesione dei diritti dei lavoratori/trici, che tuttavia interessa nel mondo una quota supposta residuale di essi, il Regolamento pone ripetuta enfasi sui possibili disagi che le sue linee direttive potrebbero comportare per le imprese. Cito soltanto a mo' d'esempio il Considerando (26): "le autorità competenti e la Commissione dovrebbero [...] garantire [...] che tutte le misure e le azioni svolte [...] non impongano agli operatori economici un onere eccessivo"; il Considerando (32), relativo alla tutela delle microimprese e delle piccole e medie imprese, per la quale "la Commissione dovrebbe pertanto emanare linee guida sul dovere di diligenza in relazione al lavoro forzato, che dovrebbero anche tenere conto anche [sic] delle dimensioni e delle risorse economiche degli operatori economici"; il Considerando (33), "La Commissione dovrebbe evitare oneri amministrativi superflui per le PMI"; il Considerando (44), "le autorità competenti dovrebbero concedere agli operatori economici un periodo di tempo ragionevole per individuare, attenuare, prevenire e far cessare il rischio di lavoro forzato, tenendo conto, tra l'altro, della complessità del processo e del numero

di portatori di interessi coinvolti”. Inoltre, il Considerando (30) del Regolamento si preoccupa di possibili conseguenze della propria applicazione sulla fluidità e rapidità di circolazione delle merci, aumentando gli oneri di controllo delle autorità doganali.

Segnalo che con la dizione “operatori economici” il Regolamento si riferisce alla proprietà e direzione di impresa e non ai lavoratori/trici subordinati. Di fatto, oggetti di intervento e interlocutori sono nel Regolamento quasi esclusivamente le imprese, intese nelle loro istanze proprietarie e direttive. Soltanto nel Considerando (59) vengono direttamente menzionati per la prima e ultima volta i lavoratori/trici³⁸, non però come attori attivi e cruciali dei percorsi di contrasto al lavoro forzato, bensì come “comparse passive”, in quanto possibilmente attinti nelle reazioni delle imprese all’applicazione del Regolamento. A fronte di tali possibili reazioni, nuovamente il Regolamento esprime la preoccupazione di non ledere proprietà e direzione di impresa, prevedendo di sostenerle affinché rispettino i contratti collettivi di lavoro dei propri lavoratori³⁹.

Il Regolamento non sembra tenere conto del fatto che i percorsi di autocertificazione di qualità ambientale e sociale da parte delle proprietà e direzioni di imprese possono certo essere richiesti e ampliati – come indica il Regolamento -, ma non possono sostituire un rafforzamento e maggiore qualificazione e incisività delle attività ispettive, certamente ben più onerose per i bilanci pubblici. Il Regolamento non prevede un rafforzamento veramente decisivo delle attività ispettive e opta per un approccio misto, in collaborazione con le imprese e in

³⁸ Il regolamento menziona le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori, chiamandole in causa per un loro possibile ruolo di consulenza, ma non si può non notare che nel caso degli “operatori economici” (come proprietà e direzione d’impresa) vi è un doppio riferimento nel Regolamento, ovvero in quanto operatori economici individuali e in quanto rappresentati da organizzazioni e associazioni padronali, mentre nel caso dei lavoratori questo non avviene.

³⁹ Il Considerando (59) del Regolamento recita: “L’autorità competente capofila dovrebbero [sic] tenere in debita considerazione il rischio di disimpegno da parte degli operatori economici che sono collegati a prodotti o regioni presenti nella banca dati o il cui prodotto è stato ritirato dal mercato dell’Unione, nonché le conseguenze su lavoratori interessati. Pertanto, l’autorità competente capofila dovrebbe, se del caso, sostenere gli operatori economici nell’adozione e attuazione di misure idonee ed efficaci per porre fine al lavoro forzato. Un disimpegno responsabile comporta il rispetto dei contratti collettivi e l’articolazione delle misure di attivazione dei livelli successivi di intervento”.

subordine, ma più in funzione di consulenza, con le organizzazioni di rappresentanza dei lavoratori. Non vengono minimamente prese in considerazione le esperienze di contrasto al lavoro forzato o ad altre aggressioni ai diritti dei lavoratori o alle loro condizioni di lavoro e salute caratterizzate da ampia e diretta partecipazione attiva dagli stessi lavoratori, spesso indipendentemente dalle loro organizzazioni di rappresentanza ufficiali o già riconosciute. Queste esperienze che potremmo definire caratterizzate da un approccio “*from bottom up*” – anche sviluppate coordinando lavoratori lungo filiere produttive e catene di approvvigionamento nazionali e internazionali – si sono dimostrate di norma ben più efficaci che non i percorsi di autocertificazione delle direzioni di impresa e gli approcci “*top to down*”, anche se in forma di rafforzata ma mera attività ispettiva, se priva di collaborazione con gli stessi lavoratori⁴⁰.

Per altro, va notato che il Regolamento richiama direttamente o indirettamente quasi tutte le norme e le convenzioni internazionali menzionate nel Protocollo 29 (2014) (vedi Considerando (2)) come rilevanti per la soppressione duratura del lavoro forzato, e accentuando particolarmente la discriminazione di genere (Considerando (4)), ma con un’eccezione significativa: il Regolamento non riporta – né direttamente né indirettamente - come rilevanti per la lotta al lavoro forzato Convenzioni ritenute a tal fine fondamentali nel Protocollo: la Convenzione OIL n. 87 (1948) sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, la Convenzione n. 98 (1949) sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, la Convenzione n. 100 (1951) sull’uguaglianza di retribuzione, la Convenzione n. 181 (1997) sulle agenzie per l’impiego private.

Mi sembra si tratti di omissioni significative, su cui sarebbe da aprire una prossima riflessione; sicuramente tali omissioni fanno il paio con la mancata

⁴⁰ Per una discussione delle catene di valore e filiere produttive in relazione al lavoro forzato e del ruolo attivo dei lavoratori in esse in funzione di contrasto, rimando a: Valter Zanin e Luís Henrique da Costa Leão, *Ação coletiva para emancipação de trabalhadores em contextos de trabalho forçado e escravidão: a estratégia de organização nas cadeias produtivas*, in Luís Henrique Da Costa Leão, Carla Reita Faria Leal (Organizadores), *Novos caminhos para erradicar o trabalho escravo contemporâneo*, Curitiba, Editora CRV, 2021, in part. pp. 132-142.

previsione di un qualunque ruolo attivo dei lavoratori nel contrasto al lavoro forzato; soprattutto si configurano come retroterra di quelli che costituiscono inadempimenti e violazioni della Convenzione n. 29 (1930) e del Protocollo 29 (2014) da parte del Regolamento UE 2024/3015. Mi riferisco all'inadempimento e violazione dell'art. 25 della Convenzione 29 (1930) e soprattutto del comma 1 dell'art. 1 del Protocollo 29 (2014) e dei commi (a) e (f) dell'art. 2 dello stesso.

L'art. 25 della Convenzione 29 dispone che vengano promulgate sanzioni legali adeguate alla gravità del crimine di imposizione e sfruttamento di lavoro forzato, "di assicurarsi che le sanzioni imposte dalla legge siano realmente efficaci e rigorosamente efficaci". Non è chiaro quale sia la rigerosità delle sanzioni che il Regolamento prevede, dato che non potrebbero essere limitate al mero sequestro di prodotti contenenti lavoro forzato, e se esso le prevede. Il riferimento, nel Considerando (8), alle sanzioni minime previste dalla direttiva anti-tratta 2011/36/UE del Parlamento e del Consiglio europeo è al riguardo ambiguo. Nelle "osservazioni" e nelle "richieste dirette" di CEACR rivolte a governi inadempienti o violatori dell'art. 25 della Convenzione 29 si fa sempre riferimento a inadeguati o assenti provvedimenti rivolti all'identificazione e protezione delle vittime di lavoro forzato, anche se l'adozione di questi provvedimenti non costituisce un obbligo esplicito nel testo dell'art. 25. Quest'obbligo è invece esplicito nel Protocollo 29, il quale, inoltre, al comma 1 dell'art. 1, prevede che alle vittime di lavoro forzato sia assicurato "l'accesso a meccanismi di ricorso e di risarcimento adeguati e efficaci, come l'indennizzo". La Raccomandazione n. 203 (2014) dell'OIL sulle misure complementari per la soppressione effettiva del lavoro forzato dettaglia minuziosamente quali possano e debbano essere gli interventi in materia di prevenzione, protezione, ricorso, risarcimento delle (possibili e potenziali) vittime di lavoro forzato, nonché le auspiccate modalità di controllo dell'applicazione delle stesse e la necessaria cooperazione internazionale per la loro implementazione.

Nel Regolamento UE 2024/3015 non si fa di fatto parola di misure rivolte a proteggere e risarcire le vittime di lavoro forzato, né di come identificarle oppure di come prevenire i lavoratori/trici da cadere in condizioni di lavoro forzato. Ricordo

nuovamente che non tutti gli Stati della UE hanno ratificato il Protocollo 29, tuttavia anche una parte di quelli che lo hanno ratificato sono denunciati o allertati dal CEACR per mantenere meccanismi normativi o amministrativi che rendono vulnerabili al lavoro forzato i lavoratori/trici immigrati: oltre a Grecia, Italia, che non lo hanno ratificato, figurano anche Irlanda (che al proposito appare addirittura come Stato perpetratore di lavoro forzato), Polonia, Spagna, Svezia, che invece lo hanno ratificato – è tuttavia noto da consistente letteratura scientifica che la situazione riguarda purtroppo un numero ben maggiore di Stati europei⁴¹.

L'art. 4(f) della Raccomandazione 203 (2014) prevede che a tutti i lavoratori/trici migranti vengano riconosciuti i benefici previsti dalla Raccomandazione OIL 202 (2012) sui sistemi nazionali di protezione sociale di base, nonché, all'art. 4(h), l'introduzione di "politiche coerenti, come politiche per l'occupazione e per la migrazione per lavoro, che prendano in considerazione i rischi ai quali sono confrontati specifici gruppi di migranti, ivi compresi quelli in situazione irregolare".

Un semplice provvedimento che il Regolamento avrebbe potuto prevedere sarebbe stato quello dell'automatica regolarizzazione della situazione lavorativa, di soggiorno e residenza di tutti i lavoratori/trici migranti irregolari, a partire da campagne di informazione che avvertissero della possibilità di regolarizzazione sulla base della denuncia di rapporti di lavoro irregolari da parte dei lavoratori interessati stessi, cercando di realizzare il principio per il quale chi è sfruttato in un Paese e contribuisce al suo PIL deve essere automaticamente regolarizzato. Ovviamente anche tutte le spese di trasporto e reclutamento imputate ai lavoratori non solo dovrebbero essere eliminate (come stabilisce l'art. 8(a) del Regolamento 203), ma

⁴¹ Per una prima rassegna dei meccanismi legali e amministrativi che favoriscono o viceversa contrastano il prodursi di condizioni di lavoro forzato negli Stati dell'Unione europea, si veda: Valli Corbanese, Gianni Rosas, *Policies to prevent and tackle labour exploitation and forced labour in Europe*, Geneva, ILO, 2021. D'altro canto, va riconosciuto che, a partire da un'interpretazione letterale e non restrittiva della Convenzione 29 (1930) dell'OIL, ogni barriera legale e amministrativa alle migrazioni interne e internazionali in entrata e in uscita costituisce condizione di lavoro forzato; al proposito, rimando a: Valter Zanin, *Trabalho não livre, forçado, escravo: problemas definitórios e metodológicos para o estudo diacrônico-comparativo do fenômeno*, cit., in part. pp. 321-322.

qualora esista la appurata minaccia sul lavoratore e su terzi in caso di mancato rimborso, una parte della somma potrebbe essere pagata dai datori di lavoro ai lavoratori e/o eventuali terzi minacciati.

Per quel che riguarda i lavoratori/trici forzati sfruttati in Stati terzi rispetto a quelli dell'Unione europea, si potrebbe prevedere che, per lo meno nei casi in cui imprese capofila o committenti con sede nell'ambito territoriale della UE esternalizzano all'estero di lavorazioni precedentemente svolte nella UE, - si potrebbe appunto prevedere che, qualunque sia il grado del subappalto in cui comparissero condizioni di lavoro forzato, alle imprese capofila sia fatto obbligo di assumere direttamente alle condizioni contrattuali più vantaggiose i lavoratori/trici forzati – sia tramite apertura di filiali all'estero in forma di investimento diretto (e quindi monitorandone le condizioni di lavoro), ovvero tagliando e accorciando la catena dei subappalti, o anche per chiamata diretta e assunzione nello Stato europeo sede dell'impresa dei lavoratori/trici caduti in condizioni di lavoro forzato nelle reti della subfornitura in Paesi terzi rispetto alla UE.

Menziono infine, non perché sia meno importante, essendo al contrario decisivo, il comma (f) dell'art. 2 del Protocollo 29 (2014) che dispone che “le misure da prendere per prevenire il lavoro forzato o obbligatorio devono comprendere [...] (f) una azione contro le cause profonde e i fattori che accrescono il rischio di lavoro forzato o obbligatorio”. Sottolineo che il Protocollo recita “devono”, non “dovrebbero”. Per contro, a tale proposito il Regolamento è muto. Invertire la tendenza al respingimento e alla restrizione delle entrate dei migranti nell'Unione europea, assieme a grandi programmi di formazione professionale per i migranti in arrivo e per quelli potenziali nei paesi di origine, grandi programmi miranti alla riduzione della povertà e delle disuguaglianze sociali negli Stati che esprimono forte pressione migratoria verso la UE, grandi programmi di promozione culturale dei diritti del lavoro e del diritto al dissenso in questi Stati, anche se per la credibilità di questi ultimi *in primis* gli Stati della Ue dovrebbero presentarsi con le carte in regola – queste alcune indicazioni per adempiere come UE a quanto prescritto dal Protocollo 29 e dalla relativa Raccomandazione 203 (2014).

Il denaro per tali politiche e iniziative non mancherebbe. In ogni caso, se il Regolamento UE 2024/3015 fosse applicato tenendo in considerazione le dimensioni reali del lavoro forzato nel mondo - e non quelle minimizzate negli ultimi 25 anni – il costo sarebbe anche più ingente. D’altro canto, vale la pena qui rammentare che nel 1794, quando, sulla spinta convergente degli schiavi insorti nelle colonie e del potere espresso nella metropoli dal proto proletariato urbano, la schiavitù fu abolita nelle colonie francesi, la produzione e commercio da e verso la sola Saint-Domingue francese (poi Haiti) rappresentava, grazie al lavoro degli schiavi, circa il 25% del Pil francese di fine Settecento.

7. Cenni alla Uniformazione e Reciprocità di Trattamento e All’idea di Lavoro Sottesa al Regolamento (UE) 2024/3015

Vengo, infine, ad accennare brevemente ad altri due plessi tematici del Regolamento.

Il primo riguarda le diverse formulazioni della liceità e illiceità del lavoro forzato risultato della parziale o integrale introduzione negli ordinamenti giuridici dei diversi Stati ratificatori delle Convenzioni internazionali di riferimento in materia di lavoro forzato e schiavitù, nonché della prevalenza o meno in questi Stati di interpretazioni restrittive, letterali o espansive in ambito giurisdizionale e amministrativo di tale varietà di produzione normativa. Questo non vale soltanto per gli Stati membri della UE, come ricordato nel Considerando (35) del Regolamento UE 2024/3015. Infatti, non si possono non sollevare questioni relative alla reciprocità di trattamento nel momento in cui il Regolamento passasse alla fase attuativa. Solo per fare un esempio, il Codice penale brasiliano rubrica il lavoro forzato come una delle quattro fattispecie identificative del crimine di riduzione in condizioni analoghe alla schiavitù, essendo le altre tre l’immobilizzazione per debiti (di fatto pleonastico rispetto al lavoro forzato), la giornata estenuante di lavoro e la degradazione del

lavoro⁴². Nelle denunce per lavoro analogo alla schiavitù in corso in Brasile iniziano a comparire casi di prolungamento della giornata lavorativa oltre i termini fissati dai contratti collettivi di lavoro: che cosa accadrebbe se tale – per altro condivisibile – interpretazione venisse per reciprocità fissata dal Brasile anche alle merci importate dall’Unione europea?

Il secondo plesso tematico riguarda l’idea di lavoro che sembra sottesa all’elaborazione del Regolamento e alla relativa costruzione delle proporzioni di rischio di lavoro forzato contenuti nei prodotti esportati dall’Unione europea e importati in essa. Anche a questo proposito, mi limito ad accennare ad alcuni problemi.

Parto da un caso apparentemente particolare. Nel Considerando (18) si legge: “Il presente regolamento non si applica alla prestazione di servizi di trasporto”. Se da un lato il Regolamento appare programmaticamente orientato a contrastare esclusivamente il lavoro forzato erogato nella sfera della produzione di beni tangibili, l’esclusione della fase del trasporto appare problematica, espressione di arbitraria decisione politica, se non di carenza informativa o di errore concettuale. Innanzi tutto, il trasporto di beni tangibili andrebbe suddiviso tra trasporto di materie prime e semilavorati, da una parte, e trasporto di beni finiti, dall’altra. Si può forse convenire che il trasporto di beni finiti ricada nella sfera della distribuzione e quindi non contribuisca all’incorporazione di lavoro forzato nel prodotto, seppure, tra l’altro, si apra al riguardo un’aporia, dal momento che i servizi di vendita, che spesso sono sganciati dagli operatori economici che producono, sono inclusi nel Regolamento. In ogni caso, per contro, i servizi di trasporto di materie prime e semilavorati partecipano della sfera di produzione⁴³. Come in una catena di montaggio, il processo di lavoro non si compirebbe se il semilavorato (che può anche essere una materia prima) non muta il proprio stato mutando di posizionamento spazio-temporale, il che nel caso

⁴² Il riferimento normativo è l’art. 149 del Codice penale brasiliano.

⁴³ Sul punto si veda già Karl Marx, *Il capitale. Critica dell’economia politica*, Libro secondo, Roma, Editori Riuniti, 1989, pp. 56-57.

delle materie prime, che non si trovano ugualmente e uniformemente distribuite nel pianeta, o dei semilavorati in catene di avanzamento del prodotto o di assemblaggio divise spazialmente, magari su scala internazionale, non può avvenire senza il lavoro degli addetti del settore dei trasporti. È noto che International Maritime Organization (IMO) e UNCTAD stimano che nell'ultimo mezzo secolo tra l'80% e il 90% del tonnellaggio del commercio estero mondiale complessivo venga annualmente trasportato via nave. Nel 2023 sono state trasportate via mare 12 miliardi 292 milioni di tonnellate di prodotti⁴⁴. Si tratta soprattutto di materie prime, nell'ordine: petrolio e derivati; carbone; minerali di ferro; granaglie; bauxite, allumina e alluminio; roccia fosfatica. Calcolando che tra il 2000 e i 2015, mai meno del 18,2% dei lavoratori marittimi impiegati a livello mondiale su navi da carico è stato sottoposto ad alcune forme di lavoro forzato, si intuisce quale enorme quota di lavoro forzato sia stata incorporata in prodotti finiti contenenti le materie prime trasportate via mare⁴⁵.

Ma il caso del trasporto di materie prime e semilavorati apre ad altre più ampie riflessioni. Sembra, infatti, che un modello lineare di lavoro semplice

⁴⁴ Unctad (United Nations Conference on Trade and Development), *2024 Review of maritime transport. Navigating maritime chokepoints*, Geneva, United Nations, 2024, p. 3.

⁴⁵ Segnalo anche che, stando alle mie ricerche, nel 98% dei casi sono gli Stati a imporre condizioni di lavoro forzato ai lavoratori marittimi mercantili. A tali condizioni di lavoro forzato per i lavoratori marittimi, andrebbe aggiunto il calcolo del lavoro forzato incorporato nelle navi stesse, frutto della presenza di lavoro forzato anche nelle fasi di costruzione delle navi. Ricordo che il primo - e finora unico - tentativo su scala internazionale di elaborare una metodologia e una stima minima del numero di lavoratori forzati nel settore marittimo mercantile è rappresentato dal libro: Valter Zanin, *I forzati del mare. Lavoro marittimo nazionale, internazionale, multinazionale. Problemi metodologici e linee di ricerca*, Roma, Carocci, 2007. Soltanto nel 2009, per la prima volta, nel suo rapporto, il Direttore generale dell'ILO ha riconosciuto la gravità del problema nel settore marittimo, facendo riferimento esplicito a questo libro: "L'apparait de plus en plus que les marins et les pêcheurs sont particulièrement exposés au risque de travail forcé et de traite. Un ouvrage publié en décembre 2007 (V. Zanin: *I Forzati del mare*, Rome, Carocci editore, 2007) en Italie est consacré aux «travailleurs forcés de la mer» et plus précisément à des groupes vulnérables dont la situation n'a jamais systématiquement attiré l'attention". ILO, *Le coût de la coercition. Rapport du Directeur Général*⁸, Conférence International du Travail, 98^e session. Geneva: Bureau International du Travail, 2009, p. 30. Nonostante questo tardivo riconoscimento della problematica condizione dei marittimi, non risulta sia aumentata successivamente l'attenzione internazionale sulla questione. Per aggiornamenti rimando a: Valter Zanin, *Trabalho forçado e degradante no setor da marinha mercante internacional nos XX e XXI séculos: atualizações e comparações com os trabalhos de terra*, cit.; Valter Zanin, *Degradação, violência, jornada exaustiva entre os trabalhadores da frota de carga e cruzeiro internacional*, cit.; e per una versione leggermente ridotta in italiano: Valter Zanin, *Lavoro forzato nel settore marittimo mercantile internazionale nel XXI secolo: forme, stime, comparazione con il lavoro forzato a terra*, cit.; Valter Zanin, *Degradazione, violenza, sovraccarico di lavoro tra i lavoratori della flotta internazionale da carico e crociera*, cit..

meramente esecutivo e manuale informi il Regolamento. Ovviamente un'analisi basata sui flussi materiali di input-output lungo filiere di approvvigionamento e subfornitura, la quale cerchi di stimare le quote di lavoro forzato incorporato in tali flussi, non può invece prescindere da un modello di lavoro complesso e non-lineare, cui siano immanenti la dimensione intersoggettiva linguistica e progettuale e l'altrettanto immanente combinazione con protesi artificiali, ovvero strumenti e soprattutto macchine e sistemi di macchine⁴⁶.

I servizi riproduttivi della forza lavoro, se frutto di lavoro forzato, dovrebbero rientrare nel novero del calcolo sulle quote di lavoro forzato incorporato nei prodotti finiti. A questo riguardo, tutto il tema dei matrimoni forzati, sottostimati anch'essi nei rapporti OIL del 2017 e del 2022, andrebbe ripensato e abbisognerebbe di specifici approfondimenti.

Dall'altro lato, l'uso di macchine, se contenenti quote di lavoro forzato, produrrebbe effetti non lineari di moltiplicazione di lavoro forzato fin dalle fasi di ideazione e progettazione dei prodotti e dei processi produttivi.

Queste puntualizzazioni non significano che non si possano allestire metodi e stime delle quote di lavoro forzato incorporato nei prodotti, ma per trattare questo tema complesso dobbiamo rimandare ad altra occasione.

4. Profili Conclusivi

⁴⁶ Per una sintetica introduzione alle problematiche legate all'analisi delle filiere di produzione, si veda: Marcel van der Linden, *Commodity Chains: Some Introductory Thoughts*, Keynote address for the conference on "The History of Commodities and Commodity Chains", Constance/Konstanz, 26-28 February 2009, pp. 1-15. Per una prima rassegna critica delle ricerche sul lavoro forzato nelle filiere produttive, si veda: Valter Zanin e Luís Henrique da Costa Leão, *Ação coletiva para emancipação de trabalhadores em contextos de trabalho forçado e escravidão: a estratégia de organização nas cadeias produtivas*, cit., pp. 119-147. Per una prima ricostruzione dell'origine marxiana dell'analisi input-output e dell'analisi delle filiere produttive, si veda: Massimo Cacciari, *Preobraženskij e il dibattito sull'industrializzazione durante la NEP*, in Massimo Cacciari e Paolo Perulli, *Piano economico e composizione di classe. Il dibattito sull'industrializzazione e lo scontro politico durante la NEP*, Milano, Feltrinelli, 1975, in part. pp. 126-142.

È certamente fatto degno di nota e di plauso che l'Unione europea abbia adottato un Regolamento che proibisce l'importazione e l'esportazione di prodotti frutto di lavoro forzato, ovunque esso sia stato impiegato lungo la filiera di produzione. Il Regolamento (EU) 2024/3015 sicuramente non è affetto da limitazioni analoghe a quelle che caratterizzano i principali – di fatto unici – analoghi strumenti normativi, ovvero il *Tariff Act* statunitense del 1930, lo *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), entrato in vigore dal 2020, lo *Uyghur Forced Labor Prevention Act* (UFLPA), sempre statunitense, del 2022.

Il *Tariff Act* statunitense del 1930, alla sezione 307, da un lato, proibisce l'importazione negli Usa di prodotti frutto di lavoro forzato, ma, dall'altro, prevedeva la deroga a tale proibizione qualora i prodotti in causa avessero scarseggiato negli Stati Uniti. Seppure tale deroga sia stata abrogata dalla sezione 910 del *Trade Facilitation and Trade Enforcement Act* del 2015, entrato in vigore nel 2016, ricordiamo che gli Stati Uniti non hanno tuttora (2025) ratificato la Convenzione OIL n. 29 del 1930 sul lavoro forzato ed è quindi dubbio quale sia il riferimento normativo valido nel contesto internazionale da essi impiegato al riguardo. Anche rispetto allo USMCA vale quest'ultima osservazione, mentre per quel che concerne lo UFLPA il suo obiettivo è limitato al caso della repressione della minoranza uigura in Cina.

Per contro, tutti gli Stati membri dell'Unione europea hanno ratificato entrambe le Convenzioni internazionali di riferimento sul lavoro forzato, cioè le Convenzioni OIL n. 29 (1930) e n. 105 (1957), per cui non fa meraviglia che esse vengano formalmente integralmente recepite come standard normativi nel Regolamento UE, seppure, come abbiamo osservato nel paragrafo 4 qui sopra, ben 17 Stati membri della UE risultino non solo violatori di tali Convenzioni, ma addirittura diretti perpetratori di forme di lavoro forzato ai sensi delle stesse, stando a quanto osservato dal *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (CEACR) di OIL ancora al 2024.

In ogni caso, il Regolamento UE non prevede deroghe alla proibizione di importazione e esportazione di prodotti contenenti lavoro forzato, come, ad esempio, era il caso del Tariff Act statunitense dal 1930 al 2016.

Tuttavia, come abbiamo cercato di mostrare, il Regolamento presenta alcuni limiti che ne possono pregiudicare gravemente l'efficacia.

Ci riferiamo, innanzi tutto, all'acritica ricezione nel Regolamento dell'estrema minimizzazione del fenomeno del lavoro forzato su scala internazionale e dell'altrettanto minimizzato ruolo degli Stati nell'imposizione di lavoro forzato contemporaneo. La ricezione acritica di tali minimizzazioni nei "Considerando" del Regolamento è problematica per il riflesso che essa non manca di produrre sull'impostazione complessiva dello stesso e per la tendenziale ipoteca sulla sua applicazione futura in termini di probabile attenuazione e diluizione della sua efficacia.

Nello specifico, il mancato riconoscimento del perdurante e massivo ruolo degli Stati come perpetratori di lavoro forzato si traduce, nel Regolamento, nell'assenza di qualsiasi provvedimento specifico volto a contrastare l'imposizione statale di lavoro forzato, ad esempio imponendo severe sanzioni, salvo soluzione del problema, ai 17 Stati membri della UE che risultano attualmente imporre per legge condizioni di lavoro forzato. L'estrema minimizzazione delle stime sul numero dei lavoratori forzati nel mondo si riflette nella preoccupazione, che pervade tutto il Regolamento, di non gravare eccessivamente sulle imprese nel momento in cui esso venisse attuato.

Un aspetto a nostro avviso forse ancora più problematico del Regolamento è la totale assenza dei lavoratori/trici dipendenti come soggetti co-partecipanti dell'attuazione del Regolamento, come pure l'assenza di definiti provvedimenti volti a risarcire le vittime di lavoro forzato e di misure volte a incidere sulle cause profonde del manifestarsi del lavoro forzato – aspetti questi tutti che costituiscono chiari inadempimenti del Protocollo OIL n. 29 (2014), pure richiamato come imprescindibile riferimento normativo dallo stesso Regolamento.

Infine, il fatto che il Regolamento escluda dalla propria competenza l'intero settore dei trasporti, quand'anche essi partecipassero a tutti gli effetti alla filiera produttiva, implica una grave autolimitazione preventiva della capacità di incidere sulla riproduzione e diffusione di lavoro forzato, oltre a sollevare dubbi più generali sulle possibili forme di valutazione del rischio e del calcolo delle quote di lavoro forzato contenuto nei prodotti.

Seppure rappresenti uno strumento normativo più universale dei precedenti statunitensi e nordamericani, il Regolamento UE appare al momento a sua volta affetto da limitazioni che ne depotenziano significativamente la possibile efficacia nella lotta al lavoro forzato – a meno che esso non venga comunque attuato, anche qualora risultasse evidente alla Commissione europea e alle autorità competenti capofila previste dal Regolamento, che oggi i lavoratori in condizioni di lavoro forzato si contano nell'ordine delle centinaia di milioni e che la quasi totalità degli Stati impone per legge una qualche forma di lavoro forzato proibito dalle Convenzioni internazionali.

Riferimenti Bibliografici

ALLAIN, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

BALES, Kevin. *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, Berkeley – Los Angeles – London, University of California Press, 1999, trad. it. (di Maria Nadotti), *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, Feltrinelli, 2000.

BELSER, Patrick – COCK, Michaëlle De – MEHRAN, Farhad. *ILO Minimum Estimate of Forced Labour in the World*. Geneva: International Labour Organization, 2005.

BOCCAFURNI Eugenio Erario. Non più solo “uomini e caporali”, l’art. 603-bis c.p. e il suo difficile rapporto con le moderne relazioni industriali, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it* - Anno XXV - Fascicolo n. 1/2025.

BRUNNER, Jessie, *Inaccurate Numbers, Inadequate: Enhancing Data to Evaluate the Prevalence of Human Trafficking in ASEAN*, Honolulu, East-West Center, 2015.

CACCIARI, Massimo, *Preobraženskij e il dibattito sull’industrializzazione durante la NEP*, in CACCIARI, Massimo – PERULLI, Paolo, *Piano economico e composizione di classe. Il dibattito sull’industrializzazione e lo scontro politico durante la NEP*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 11-143.

CORBANESE, Valli – ROSAS, Gianni, *Policies to prevent and tackle labour exploitation and forced labour in Europe*, Geneva, ILO, 2021.

GALLAGHER, Anne T., *What’s Wrong with the Global Slavery Index?*, “Anti-Trafficking Review”, issue 8, 2017, pp. 90-112, www.antitraffickingreview.org.

ILO (International Labour Organization). *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (General annual Reports and observations concerning particular countries). Geneva: ILO, 1932-2017.

ILO. *Le coût de la coercition. Rapport du Directeur Général*, Conférence Internationale du Travail, 98° session. Geneva: Bureau International du Travail, 2009. www.ilo.org/declaration.

ILO. *ILO Global Estimate of Forced Labour. Results and Methodology*. Geneva: ILO, 2012.

ILO, Walk Free Foundation, IOM (International Organization for Migration). *Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage*. Geneva: ILO, 2017a.

ILO, Walk Free Foundation, IOM (International Organization for Migration). *Methodology of the global estimates of modern slavery: Forced labour and forced marriage*. Geneva: ILO, 2017b.

ILO, Walk Free Foundation, IOM (International Organization for Migration). *Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage*. Geneva: ILO, 2022.

LEBARON, Genevieve – HOWARD, Neil (eds.), *Forced Labour in the Global Economy. Beyond Trafficking and Slavery Short Course*, vol. 2, Open Democracy, 2014, online: <https://hdl.handle.net/1814/38806>

MARX. Karl, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, Roma, Editori Riuniti, 1989.

MILMAN-SIVAN Faina, SAGY Yair. L'Organisation internationale du Travail et le travail pénitentiaire: une invitation à changer de paradigme, in *Revue internationale du Travail*, vol. 159, 2020, n. 4, pag. 561 e seg.

MIERS, Suzanne. *Slavery in the Twentieth Century. The Evolution of a Global Problem*. Walnut Creek – Lanham – New York – London, Altamira Press, 2003.

MURRAY, Jill. *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC compared*. Kluwer Law International, 2001.

PATTERSON, Orlando, *Trafficking, Gender and Slavery: Past and Present*, in ALLAIN, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 322-359.

PATTERSON, Orlando, *Rejoinder: Professor Orlando Patterson's Response to Kevin Bales*, in ALLAIN, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 373-374.

PERULLI Adalberto, BRINO Vania. *Diritto internazionale del lavoro*. Giappichelli, 2023

PONS-DELADRIERE, Geneviève. European Union Participation and Cooperation in ILO Institutions and Activities: an ILO Perspective. in KADDOUS, Christine (ed). *The European Union in International Organisations and Global Governance*. Hart Publishing, 2015.

SITZIA Andrea. Il lavoro delle persone detenute nel sistema del diritto dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, Padova, PUP, Padova University Press, 2023 (<https://www.padovauniversitypress.it/it/publications/9788869383847>)

SITZIA Andrea, LOPEZ Benoît. *Travail des détenus, systèmes de préférences douanières et travail décent : analyse critique et perspectives*, *Revue Internationale du Travail*, 2023, Volume 162, Issue 2, pages 337-359 (open access: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/ilrf.12233>);

THOUVENIN, Jean-Marc. Travail forcé ou obligatoire. In THOUVENIN, Jean-Marc, TREBILCOCK, Anne. *Droit international social. Droit économiques, sociaux et culturels. Tome 2. Règles du droit international social*. Bruxelles: Bruillant, 2013

UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development), *2024 Review of maritime transport. Navigating maritime chokepoints*, Geneva, United Nations, 2024.

VAN DER LINDEN, Marcel, *Commodity Chains: Some Introductory Thoughts*, Keynote address for the conference on “The History of Commodities and Commodity Chains”, Constance/Konstanz, 26-28 February 2009, pp. 1-15.

WILSON, Walter, *Forced Labor in the United States*, New York, International Publishers, 1933.

ZANIN, Valter. *Studi sul lavoro coatto contemporaneo. Critica delle definizioni correnti e studio di caso in Amazonia orientale brasiliana*, Padova, Cleup, 2002.

ZANIN, Valter. *I forzati del mare. Lavoro marittimo nazionale, internazionale, multinazionale. Problemi metodologici e linee di ricerca*, Roma, Carocci, 2007.

ZANIN, Valter. *Trabalho não livre, forçado, escravo: problemas definitórios e metodológicos para o estudo diacrônico-comparativo do fenômeno*, in REZENDE FIGUEIRA, Ricardo - ANTUNES PRADO, Adonia - GALVÃO, Edna Maria (orgs.), *Trabalho escravo contemporâneo: estudos sobre ações a atores*, 1º ed., Rio de Janeiro, Mauad Editora Ltda., 2017, pp. 309-324.

ZANIN, Valter. *Lavoro forzato nel settore marittimo mercantile internazionale nel XXI secolo: forme, stime, comparazione con il lavoro forzato a terra*, “Socioscapes”, n. 1 (2019), pp. 239-248.

ZANIN, Valter. *Trabalho forçado e degradante no setor da marinha mercante internacional nos XX e XXI séculos; atualizações e comparações com os trabalhos de terra*, “Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais”, Vol. 77 (2020), pp. 263-286.

ZANIN, Valter. *Degradação, violência, jornada exaustiva entre os trabalhadores da frota de carga e cruzeiro internacional*, in Ricardo Rezende Figueira - Adonia Antunes Prado - Murilo Peixota Mota (orgs.), *A escravidão ilegal frente a migração, gênero e novas tecnologias*, Rio de Janeiro, Mauad Editora Ltda., 2022, pp. 311-331.

isbn: 9786587631592

ZANIN, Valter. *Degradazione, violenza, sovraccarico di lavoro tra i lavoratori della flotta internazionale da carico e crocieristica*, “Socioscapes”, n. 2 (2022), pp. 133-145.

ISSN: 2724-0940

ZANIN, Valter. Gli Stati come (ri)produttori e perpetratori di lavoro forzato: una rassegna internazionale 2000-2024. “Revista Direitos, Trabalho e Política Social”, Cuiabá, v. 11, n. 20 (2025), pp. 1-29.

ZANIN, Valter. Os Estados como perpetradores de trabalho forçado no mundo: resenha dos relatórios anuais do *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* da OIT (CEACR), 2000-2024. “Metaxy. Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos”, v. 6 n. 6 (2025), in corso di pubblicazione.

ZANIN, Valter. Os Estados como perpetradores de trabalho forçado: resenha comparativa internacional das “*observations*” e das “*direct requests*” do CECAR-OIT no período 2000-2023. “Metaxy. Revista Brasileira de Cultura e Políticas em Direitos Humanos”, v. 7 n. 7 (2025), in corso di pubblicazione.

ZANIN, Valter – LEÃO, Luis Henrique da Costa. *Ação coletiva para emancipação de trabalhadores em contextos de trabalho forçado e escravidão: a estratégia de organização nas cadeias produtivas*, in LEÃO, Luís Henrique da Costa - LEAL, Carla Reita Faria (Organizadores). *Novos caminhos para erradicar o trabalho escravo contemporâneo*, Curitiba, Editora CRV, 2021, pp. 119-147.

SCIOPERO E CONFLITTO NELL'ERA DIGITALE: NUOVE PROSPETTIVE GIURIDICHE STRIKE AND CONFLICT IN DIGITAL ERA: NEW LEGAL PERSPECTIVES

Simone Caponetti¹

Università degli studi di Padova

DOI: <https://doi.org/10.62140/SC1932025>

Sommario: 1. Introduzione; 2. Breve evoluzione storica e quadro normativo dello sciopero; 3. Il net strike il twitter storm nel panorama del conflitto digitale; 4. L'off simultaneo e le criticità dello sciopero nello smart working; 5. Nuove forme di lotta sindacale o nuove forme di sciopero?; 6. Riflessioni conclusive.

Sinossi: Il presente contributo si propone di analizzare, attraverso un approccio giuridico, le recenti ed emergenti forme di conflitto sindacale nell'era digitale, con precipuo riferimento ai fenomeni del net strike, del twitter storm e dell'off simultaneo degli smart workers. L'indagine si articola intorno alla problematica qualificazione giuridica di tali manifestazioni di dissenso collettivo, evidenziando le aporie sistematiche e le criticità inerenti alla loro riconducibilità al diritto di sciopero di cui all'art. 40 Cost. Al contempo, si approfondiscono le ripercussioni di tali nuove dinamiche sulla tenuta dell'ordinamento lavoristico, con particolare attenzione alla loro incidenza sull'effettività della tutela collettiva. In conclusione, si propone una riflessione sulla necessità di un aggiornamento

¹ Ricercatore in Diritto del lavoro. E-mail: simone.caponetti@unipd.it. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2578-3454>

normativo che consenta di armonizzare la garanzia costituzionale del conflitto sindacale con le inedite esigenze poste dalla digitalizzazione del lavoro.

Parole chiave: Sciopero; Lotta sindacale; Nuove forme di lotta sindacale; Net Strike; Twitter Storm; Off simultaneo.

Abstract: This paper aims to analyze, through a legal approach, the recent and emerging forms of trade union conflict in the digital age, with particular reference to the phenomena of net strike, twitter storm and simultaneous off of smart workers. The survey is structured around the legal qualification of such manifestations of collective dissent, highlighting the systematic aporia and criticalities inherent in their attribution to the right to strike as set out in art. 40 Cost. At the same time, it examines in depth the effects of these new dynamics on the working order, with particular attention to their impact on the effectiveness of collective protection. In conclusion, it is proposed a reflection on the need for a regulatory update that would make it possible to reconcile the constitutional guarantee between trade union conflict and the new demands posed by the digitalisation of work.

Keywords: Strike; Union Conflit; New Union Conflit; Net Strike; Twitter Storm; Simultaneous Off.

1. Introduzione

L'avvento della rivoluzione digitale ha comportato un profondo mutamento nelle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa² e, di conseguenza, ha determinato un'evoluzione nelle forme di dissenso collettivo³. L'affermazione di modelli organizzativi del lavoro sempre più svincolati dai tradizionali parametri spazio-temporali ha messo in discussione gli strumenti classici di autotutela sindacale,

² Su queste tematiche: V. MAIO, *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 1415 e ss., sp. 1439; A. TAMPIERI, *La trasformazione digitale ed organizzativa del lavoro e il rilancio dei processi di apprendimento permanente del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 3, p. 647 e S. MAINARDI, *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 2, p. 341.

³ Sul punto, S. CIUCCIOVINO, *Lavoro digitale e tutela collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1043.

rendendo necessaria una riflessione sulle nuove modalità con cui il conflitto si manifesta nel contesto digitale⁴.

Le nuove tecnologie hanno reso possibile una connettività costante tra lavoratori e datori di lavoro, riducendo le barriere fisiche che storicamente separavano il luogo di produzione dallo spazio privato del lavoratore⁵. Questo cambiamento strutturale ha avuto ripercussioni dirette sulla capacità del lavoratore di esercitare i propri diritti sindacali in modo tradizionale⁶. La delocalizzazione del lavoro, la gestione algoritmica delle prestazioni e la crescente individualizzazione dei rapporti contrattuali hanno eroso la forza collettiva della rappresentanza sindacale⁷.

Parallelamente, il progressivo aumento del lavoro agile e delle piattaforme digitali ha ridotto il potere contrattuale del singolo lavoratore, rendendo più difficile l'organizzazione di scioperi tradizionali. In questo scenario, il conflitto sindacale ha trovato nuovi strumenti espressivi, che si avvalgono dell'infrastruttura digitale per esercitare pressioni sui datori di lavoro. Il ruolo delle piattaforme digitali come nuovi “luoghi di lavoro” virtuali ha così modificato radicalmente i meccanismi di aggregazione dei lavoratori, ponendo interrogativi sulla loro capacità di organizzare rivendicazioni collettive in assenza di uno spazio fisico condiviso⁸.

⁴ M. FORLIVESI, *Sindacato e lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Ec. soc. reg.*, 2019, 1, p. 31; Id. *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Labour & law issue*, 2018, 1 e A. BELLAVISTA – R. SANTUCCI, *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022.

⁵ Riferisce Valasco, infatti, che “*Ha pasado bastante tiempo para que internet pueda constituirse en un espacio neutral para los ciudadanos, entendido este como libre de controles o mecanismo de vigilancia en cuanto a la producción, divulgación e intercambio de contenidos. Desde los años 50, cuando fue pensado como parte de las estrategias militares para gestionar la información, pasando por las sucesivas instancias de control estatal y luego como expresión de un mercado global que precisa de la información para movilizar bienes y servicios, internet se muestra, si no como un espacio de insurrección y contradiscurso, por lo menos como un lugar de disputa*”. Così M. VELASCO, *Redes sociales, lo público y lo político en construcción*, in *Rev. lat. com.*, 2013, 121, p. 82.

⁶ Su cui ampiamente, si rinvia a: S. CONTRERAS NAVIDAD, *El derecho de reunión virtual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

⁷ A. ROTA, *Tecnologia e lotta sindacale*, in *Labour & law issues*, 2019, p. 198. Sul punto già A. PESSI, *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁸ Sul punto, si vedano: M. T. VIANA, *De la huelga al boicot: los varios significados y las nuevas posibilidades de las luchas obreras*, in *Dir. mer. lav.*, 2024, 1, p. 321; O. LA TEGOLA, *Il conflitto collettivo nell'era digitale*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, p. 638 e V. BAVARO, *Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica*, in *Lav. dir.*, 2015, 2, p. 285.

Come da altri osservato⁹, l'efficacia delle tradizionali forme di sciopero nel nuovo panorama del lavoro digitalizzato appare compromessa dalla smaterializzazione del lavoro stesso, con la conseguente necessità di adattare le strategie sindacali alla dimensione virtuale. Questo fenomeno è stato particolarmente evidente nei settori ad alta intensità tecnologica, come la gig economy e il lavoro su piattaforma, in cui l'assenza di un datore di lavoro fisicamente identificabile e la forte dipendenza da algoritmi per la gestione delle attività lavorative hanno reso più complesso l'esercizio del diritto di sciopero¹⁰.

2. Breve Evoluzione Storica e Quadro Normativo dello Sciopero

Lo sciopero, quale strumento di lotta sindacale, ha subito nel tempo significative trasformazioni, passando da una concezione classica fondata sull'astensione collettiva dal lavoro a forme più complesse e diversificate¹¹. La normativa italiana, in particolare l'art. 40 Cost., riconosce il diritto di sciopero, ma la sua regolamentazione è stata oggetto di interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali contrastanti, specialmente in relazione alle nuove modalità di protesta emergenti nell'era digitale¹².

Un'analisi comparata con altri ordinamenti giuridici evidenzia un quadro frammentato: in alcuni paesi, come la Francia e la Germania, le legislazioni nazionali hanno introdotto forme di regolamentazione specifiche per le proteste digitali, mentre in altri, come gli Stati Uniti, il conflitto digitale è ancora privo di una disciplina organica¹³. Questo scenario così frammentato solleva il problema della compatibilità delle nuove forme di sciopero con i principi costituzionali e con il diritto europeo, in

⁹ A. ROTA, *Tecnologia e lotta sindacale*, cit., p. 198

¹⁰ Su cui già, M. FAIOLI, "Jobs App", "Gig economy" e sindacato, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, p. 291 e B. CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno: come di adegua il diritto del lavoro*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 93, p. 93.

¹¹ Già osservato, in passato, da G. NICOSIA, *La sostenibile leggerezza del confine tra sciopero e astensione collettiva dei lavoratori autonomi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 1, p. 121.

¹² G. ORLANDINI, *Conflitto collettivo*, in *Enc. Dir.*, 2016, p. 95.

¹³ Sul net strike in ambito lavorativo, si veda il *Striking Verizon workers introduce virtual picket line*, People's world, 5 maggio 2016. In dottrina: W. DAUBLER, *La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva*, in *Lav. dir.*, 2015, 101.; più recentemente, v. D. GOTTLIEB TARAS, J.T. BENNETT, A.M. TOWNSEND, *Information Technology and the world of work*, Routledge, Londra, 2017.

particolare con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di diritti fondamentali dei lavoratori¹⁴.

3. Il Net Strike e il Twitter Storm nel Panorama del Conflitto Digitale

Tra le nuove modalità di protesta, il net strike rappresenta una delle forme più dibattute in letteratura¹⁵. Esso consiste in un accesso coordinato e massivo ai siti web aziendali al fine di sovraccaricarne i server e comprometterne il regolare funzionamento¹⁶. Nello specifico, tale forma di mobilitazione si realizza mediante la moltiplicazione delle connessioni contemporanee al sito web aziendale del datore di lavoro, con l'intento di rallentarne o impedirne il normale funzionamento. Tuttavia, l'elemento qualificante del net strike non risiede nella mera connessione simultanea, bensì in una serie di accorgimenti tecnici mirati che ne consentono l'efficacia, come la disattivazione della *cache memory* per evitare l'accesso ai dati già immagazzinati dal dispositivo dell'attaccante, nonché ulteriori accorgimenti di carattere informatico. Questa forma di mobilitazione è stata adottata in alcuni contesti da movimenti sindacali e gruppi di lavoratori non solo per manifestare dissenso rispetto alle

¹⁴ Affrontata ampiamente da V. MAIO, *Attualità del crumiraggio*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 523 e, più ampiamente, da G. SCIARRA, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, 2012, 2/3, p. 213.

¹⁵ A. ROTA, *Tecnologia e lotta sindacale*, cit., p. 198 e ss., sp. 206 e ss. riconduce il net strike "tra le forme di sciopero-diritto" rilevando la comunanza quanto ai "medesimi scopi" (pp. 207 e 208). Nello stesso senso v. anche P. FERRARI, *Lavoro da remoto e conflitto collettivo durante e oltre la pandemia*, in Quaderni della Commissione di Garanzia Scioperi, Roma, 2021, p. 20 e ID., *Remotizzazione del lavoro e nuove frontiere del conflitto collettivo*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Milano, 2020, p. 183 e ss., sp. 190 e 191, nei cui scritti prevale la preoccupazione di "superare gli ostacoli derivanti dalla forte connotazione individualistica del lavoro online", e la finalità di riconsegnare al sindacato margini di azione in tempo di "decollettivizzazione e disintermediazione delle relazioni di lavoro" (sul tema, v. già B. CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 326, 2017). Parrebbe favorevole alla assimilazione allo sciopero, ancorché nell'ambito di una trattazione descrittiva del fenomeno, priva perciò di un dichiarato intento qualificatorio, anche M. MARAZZA, *Diritto sindacale contemporaneo*, Giappichelli, Milano, 2022, p. 164.

¹⁶ Esiste un vero e proprio manuale d'uso sulla tematica: AA.VV., *Net Strike. No copyright. ET. Pratiche antagoniste nell'era telematica*, AAA Edizioni, Venezia, 1996.

politiche aziendali, ma anche per attirare l'attenzione dell'opinione pubblica su determinate rivendicazioni¹⁷.

Il net strike, però, presenta un complesso problema di legittimità giuridica¹⁸. Se da un lato è volto a esprimere una forma di dissenso collettivo, dall'altro rischia di configurare condotte illecite, assimilabili ad attacchi informatici, come previsto dalla normativa vigente in materia di criminalità informatica¹⁹. La difficoltà di qualificazione giuridica deriva dall'assenza di una specifica regolamentazione del fenomeno: si tratta sicuramente di una protesta sindacale, tuttavia, la sua natura tecnologica la rende suscettibile di essere equiparata a una forma di sabotaggio digitale²⁰.

Parallelamente, il twitter storm, noto anche come tweet bombing o twitter bomb, si configura come una strategia di pressione esercitata attraverso i social media, consistente nell'invio massiccio e coordinato di messaggi diretti ad aziende o istituzioni, con lo scopo di minarne l'immagine pubblica e sensibilizzare l'opinione collettiva sulle problematiche sollevate dai lavoratori²¹. Il danno reputazionale prodotto può risultare particolarmente incisivo, specialmente nei settori nei quali l'immagine aziendale rappresenta un aspetto cruciale del business²².

¹⁷ Di questo avviso: W. DAUBLER, *La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva*, in *Lav. dir.*, 2015, 1, 101; cfr. pure R. TASCON LOPEZ, *El esquirolaje tecnologico*, Aranzadi, 2018, p. 125.

¹⁸ Affrontato ampiamente da V. MAIO, *Sciopero e conflitto nel lavoro digitale. Osservazioni in tema di net strike, twitter storm e off simultaneo degli smart workers*, in *federalismi.it*, 2022, 17, p. 147. In precedenza, si veda, R. GARCÍA, *¿El derecho de reunión virtual?, ¿Netstrike? o ¿Cibermanifestación? análisis jurídico*, in *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica: Madrid (España) 22, 23 y 24 de noviembre de 2018*, Antonio Fernández de Buján y Fernández (dir.), Vol. 1, 2019, p. 267.

¹⁹ Cfr. *amplius* D. GAROFALO, P. GENOVIVA, *Lo sciopero*, Giappichelli, Torino, 1984, pp. 305. Sul tema generale, S. PIETROPAOLI, *Informatica criminale. Diritto e sicurezza nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022; F. P. MICOZZI, *Sicurezza informatica. Obblighi e responsabilità dopo il recepimento della NIS2 e la L. 90/2024*, Giuffrè, Milano, 2024.

²⁰ Cfr. A. LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Labour & law issues*, 2018, p. XVII.

²¹ A. HODDER, D. HOUGHTON, *Union use of social media: a study of the University and College Union on Twitter*, in *New Technology, Work and Employment*, 2015, 3, 173–189 e A. ROTA, *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 197–212.

²² Cfr. C. FALERI, *"Social network" e nuove modalità di autotutela degli interessi collettivi*, in *Labor*, 2023, 3, p. 229.

La pervasività dei social media ha reso il twitter storm un potente strumento di protesta, capace di influenzare direttamente le politiche aziendali e di attrarre il sostegno di una più ampia base di utenti e consumatori. Tuttavia, il suo utilizzo solleva questioni complesse legate alla libertà di espressione, alla diffamazione e alla responsabilità per le azioni collettive condotte in rete²³.

4. L'off Simultaneo e le Criticità dello Sciopero nello Smart Working

L'off simultaneo rappresenta un'altra forma di mobilitazione collettiva che ha trovato crescente diffusione, ossia la disconnessione coordinata e simultanea degli smart workers dagli strumenti digitali di lavoro.

A differenza del net strike e del twitter storm, l'off simultaneo presenta una maggiore affinità con lo sciopero tradizionale, in quanto implica un'interruzione della prestazione lavorativa²⁴. Tuttavia, la peculiarità dello smart working, che si basa su una maggiore flessibilità organizzativa e sulla valutazione per obiettivi, rende tale strumento di protesta meno incisivo rispetto allo sciopero classico.

La legislazione attuale non offre strumenti sufficienti per garantire l'efficacia del conflitto sindacale nel lavoro da remoto, aprendo la strada così a nuove forme di regolamentazione che potrebbero includere il riconoscimento di forme ibride di sciopero digitale²⁵.

5. Nuove Forme di Lotta Sindacale o Nuove Forme di Sciopero?

²³ F. SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in *Conflitto, concertazione e partecipazione*, (a cura) di F. LUNARDON, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, dirr. M. PERSIANI, F. CARINCI, Cedam, Padova, 2011, 54 e A. PIROZZOLI, *La libertà di riunione in Internet*, in *Dir. inform.*, 2004, 4-5, p. 595-605.

²⁴ Così, V. MAIO, *Sciopero e conflitto nel lavoro digitale. Osservazioni in tema di net strike, twitter storm e off simultaneo degli smart workers*, cit., p. 147.

²⁵ Sul punto cfr. R. SCIOTTI, *Realtà digitale e nuove dinamiche del conflitto collettivo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2019, 2/3, p. 273.

Diversamente dall'orientamento finora predominante in dottrina, secondo cui il problema qualificatorio del net strike e del twitter storm sindacali dovrebbe essere risolto all'interno dell'alveo del diritto di sciopero, si ritiene che tali fenomeni non siano in alcun modo riconducibili a questa fattispecie. Pur potendo essere annoverati nell'ampia e non rigidamente tipizzata categoria delle forme di autotutela collettiva, essi si discostano in modo significativo dallo schema tipico dello sciopero, sia sotto il profilo strutturale che funzionale.

Il net strike sindacale, come precisato meglio prima, consiste in un'azione concertata e collettiva da parte di una pluralità di lavoratori che, previa opportuna proclamazione e organizzazione, orchestrano un attacco informatico di natura simultanea e pervasiva, sebbene non predatoria.

Analogamente, il twitter storm sindacale, si configura come un attacco digitale organizzato nei confronti di un profilo social aziendale, mediante l'uso massiccio e sistematico di hashtag mirati e retweet, al fine di amplificare e diffondere il messaggio contestatario all'interno della piattaforma. Trattandosi di fenomeni non disciplinati da alcuna normativa positiva, non si riscontra un vincolo stringente in ordine alle modalità attuative: si può dunque ipotizzare un'azione analoga condotta su piattaforme diverse da Twitter (ora X), come la diffusione virale di meme satirici o critici nei confronti del datore di lavoro, o ancora il ricorso a pratiche di mail bombing finalizzate a intasare le caselle di posta elettronica aziendali. In alcuni casi, l'azione viene potenziata dall'utilizzo di account fittizi creati ad hoc, mentre in altri è sufficiente il coordinamento spontaneo di soggetti reali.

Sebbene si possa concordare con l'orientamento che propugna una nozione elastica di sciopero²⁶ – nozione che, in assenza di una definizione legislativa, è necessariamente soggetta all'evoluzione storica del sistema sindacale –, si ritiene che il net strike e il twitter storm non possano rientrare in tale concetto, essendo privi

²⁶ Su cui ampiamente, F. CARINCI, *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 123, p. 423; I. ALVINO, *Il diritto di sciopero e i suoi limiti. Il commento*, in *Lav. giur.*, 2008, 8, p. 829.

dell'elemento essenziale dell'astensione dalla prestazione lavorativa. Anche nei casi in cui tali forme di mobilitazione siano espressamente promosse da un'organizzazione sindacale e mirino alla tutela di interessi collettivi dei lavoratori, essi rimangono privi della caratteristica qualificante dello sciopero, ossia la sospensione dell'attività lavorativa²⁷. Quest'ultima, infatti, costituisce il denominatore comune delle più autorevoli elaborazioni dottrinali in materia e mantiene un valore identitario imprescindibile, non per un mero formalismo giuridico, ma per il suo consolidato radicamento socio-economico²⁸.

Non convincono, in questo senso, le argomentazioni dottrinali che, nel tentativo di garantire ai partecipanti del net strike e del twitter storm un'immunità disciplinare, enfatizzano la possibilità di estendere il concetto di sciopero a forme di azione positiva, piuttosto che meramente omissiva. È indubbio che lo sciopero, nella sua espressione pratica, si accompagni sovente a condotte commissive, come la diffusione di comunicati, la promozione della partecipazione, l'organizzazione di cortei e il volantaggio. Tuttavia, queste attività, per quanto meritevoli di tutela costituzionale in quanto strumentali all'esercizio del diritto di sciopero, non ne costituiscono il nucleo essenziale, che rimane ancorato all'elemento dell'astensione lavorativa.

²⁷ Così V. MAIO, *Sciopero e conflitto nel lavoro digitale. Osservazioni in tema di net strike, twitter storm e off simultaneo degli smart workers*, cit.

²⁸ La questione discende da quella che F. BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 39, all'esito di una attenta disamina terminologica, sintetizza come "vaghezza semantica" del termine sciopero, che di conseguenza espone l'interprete al rischio "di sovrapporre una propria ridefinizione a quella del Costituente". Condizione di vaghezza che, se ha consentito l'annessione al perimetro dello sciopero dei comportamenti conflittuali in cui l'elemento dell'astensione riguarda solo una parte della prestazione o nei quali si rifiutano specifiche modalità della prestazione di lavoro, rende comunque "incerta" la collocazione "nell'alveo della figura dello sciopero delle fattispecie nelle quali l'elemento dell'astensione è del tutto assente o l'azione di lotta assume forme commissive" (p. 37 e 38). In tema cfr. anche G. BRANCA, *Riflessioni sullo sciopero economico*, in *Dir. lav.*, 1968, p. 151 e L. GAETA, *Le teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 139 ss. Sulla impossibilità per lo sciopero di sottrarsi all'azione definitiva della giurisprudenza impossibile non citare l'insegnamento classico di P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 221 ss., su cui, fra i molti, L. MARIUCCI, *Il conflitto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 1 ss. Cfr. anche le considerazioni di F. CARINCI, *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 25, spec. nt. 51, ivi con richiamo a MENGONI.

Il riconoscimento costituzionale dello sciopero impone necessariamente di garantirne la praticabilità in concreto, tutelando anche le condotte accessorie che ne assicurano l'efficacia. Tuttavia, da ciò non deriva automaticamente l'estensione della categoria dello sciopero a fenomeni che, sebbene finalizzati a esercitare pressione sul datore di lavoro, non comportano la sospensione dell'attività produttiva da parte dei lavoratori. In questa prospettiva, si ritiene che il net strike e il twitter storm debbano essere oggetto di una distinta riflessione giuridica, atta a definirne l'ambito di liceità e a individuare eventuali strumenti di tutela che ne disciplinino l'uso come forme innovative di conflitto collettivo.

6. Riflessioni Conclusive

Alla luce di tali considerazioni, si perviene alla conclusione che l'immunità disciplinare, quale conseguenza del diritto di sciopero, può certamente estendersi a quelle condotte commissive che risultino strumentali all'astensione dal lavoro e, dunque, funzionalmente accessorie all'esercizio del conflitto collettivo. Tuttavia, una volta accolta tale premessa, appare imprescindibile interrogarsi sulla possibilità di qualificare come sciopero anche un'azione sindacale nella quale la componente commissiva si manifesti in modo del tutto autonomo e svincolato da qualsiasi relazione di strumentalità con l'astensione lavorativa.

In altri termini, si pone la questione di stabilire se possa configurarsi una forma di sciopero priva dell'elemento essenziale della sospensione della prestazione lavorativa, senza tuttavia generare un'indeterminatezza concettuale tale da compromettere la coerenza sistematica dell'istituto.

L'idea che, in ossequio a un'esigenza di modernizzazione degli strumenti di lotta sindacale nel contesto post-moderno, qualsiasi azione intrapresa dal sindacato o dai lavoratori per la tutela di un interesse collettivo possa essere ricompresa nella nozione di sciopero e, dunque, essere automaticamente garantita dall'immunità disciplinare costituzionale, appare eccessivamente estensiva e priva di solide basi giuridiche. L'occupazione, l'attacco o la disattivazione da remoto di uno spazio

virtuale utilizzato dal datore di lavoro per finalità imprenditoriali non costituiscono, di per sé, una forma di sciopero e, conseguentemente, non possono beneficiare delle medesime garanzie riconosciute all'astensione collettiva dal lavoro. Tale esclusione si impone a maggior ragione laddove il conflitto sindacale in questione si avvalga della partecipazione non solo dei lavoratori subordinati, ma anche di soggetti estranei al rapporto di lavoro, quali utenti della rete, consumatori, amici e parenti dei dipendenti, in un'inedita commistione di attori che esula dagli schemi classici del conflitto industriale.

Ovviamente, la qualificazione giuridica di ciascuna manifestazione di net strike dipenderà dalle specifiche modalità attuative e dal contesto concreto in cui essa si realizza. Si potrebbe, ad esempio, ipotizzare il caso di un net strike indetto contestualmente a uno sciopero tradizionale, durante l'orario di lavoro, in modo da sovrapporre la paralisi del sito aziendale all'astensione collettiva dal lavoro. In tal caso, pur in presenza di un'inversione logica del nesso di strumentalità tra la componente commissiva e quella omissiva, la giurisprudenza potrebbe valorizzare la coincidenza temporale tra le due azioni e considerare il net strike come una forma di protesta connessa allo sciopero, arrivando perfino a estendere l'immunità disciplinare ai lavoratori coinvolti nell'attacco informatico. Tuttavia, si tratta di un'ipotesi meramente teorica, che non trova ancora conferma nella prassi e che appare eccessivamente astratta rispetto alla natura effettiva di queste nuove forme di conflitto.

L'esperienza maturata sinora dimostra, infatti, che le azioni di net strike e di twitter storm non sono concepite come strumenti di sospensione della prestazione lavorativa, bensì come mezzi per interferire con l'operatività digitale del datore di lavoro, rallentandone le attività, bloccando un sito web aziendale o intasando un account social con messaggi critici. Questi fenomeni si collocano, dunque, al di fuori della categoria tradizionale dello sciopero, risultando difficilmente assimilabili anche

a quelle azioni di protesta che la dottrina ha definito come "sussidiarie e collaterali"²⁹ all'astensione lavorativa.

Se si accetta l'analogia tra il blocco di un sito web e le forme di lotta storicamente impiegate nell'industria fordista, si potrebbe ravvisare una certa somiglianza tra il net strike e strumenti di lotta più tradizionali, quali il picchettaggio, il boicottaggio, il sabotaggio o il blocco delle merci. Tuttavia, l'applicazione analogica della giurisprudenza formatasi su tali fattispecie risulta complessa, sia per l'eterogeneità delle situazioni, sia per l'intrinseca obsolescenza di molte delle pronunce in materia. In particolare, il tentativo di equiparare il net strike a forme di sabotaggio evoluto o di replicare nel contesto digitale le distinzioni giurisprudenziali elaborate per il picchettaggio impeditivo e persuasivo appare forzato e giuridicamente problematico e, di conseguenza, poco percorribile..

Certamente, nei casi più gravi, laddove l'azione sindacale assuma i caratteri di un'invasione digitale volta a provocare un'interruzione dell'attività produttiva, il net strike potrebbe presentare punti di contatto con il sabotaggio informatico. Laddove l'attacco informatico sia finalizzato, invece, al turbamento del normale svolgimento delle attività lavorative e al danneggiamento degli asset aziendali, si potrebbe persino ipotizzare una riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 508, comma 2, c.p., qualora il sito web o il profilo social dell'impresa possano essere qualificati come strumenti destinati alla produzione. Tuttavia, una simile interpretazione necessiterebbe di un'analisi caso per caso da parte della magistratura del lavoro, la quale sarebbe inevitabilmente chiamata a valutare la proporzionalità dell'azione, la sua capacità di provocare un danno grave e irreversibile all'immagine e all'operatività dell'impresa, nonché l'eventuale violazione dei diritti dei lavoratori non aderenti alla protesta.

Un ulteriore elemento di rilevanza giuridica è rappresentato dall'impatto dell'azione sindacale su soggetti terzi, in particolare clienti e utenti che si avvalgono dei servizi digitali dell'impresa. Se l'interruzione di un sito web aziendale ostacolasse l'erogazione di un servizio pubblico essenziale, ciò potrebbe determinare profili di

²⁹ Così, F. BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, cit., p. 38.

illiceità ulteriori, con potenziali ricadute sia in sede penale che disciplinare. Analogamente, l'integrazione di fattispecie di reato previste dalla legislazione anti-hacker (artt. 615-ter, 615-quater e 615-quinquies c.p.) potrebbe determinare conseguenze giuridiche rilevanti per i partecipanti al net strike, rendendo impraticabile qualsiasi forma di automatismo che colleghi la legittimità sindacale dell'azione alla sua insindacabilità sotto il profilo disciplinare³⁰.

Infine, un'attenzione particolare deve essere riservata al danno reputazionale arrecato all'impresa, il quale, nel caso del twitter storm, rappresenta non un effetto collaterale, bensì l'obiettivo primario dell'azione. In tali ipotesi, la valutazione della liceità dell'iniziativa dovrà necessariamente passare attraverso il filtro del diritto di critica sindacale, con particolare riferimento ai criteri della continenza formale e sostanziale³¹. Se l'azione contestataria rimane entro i limiti di un legittimo esercizio della libertà di espressione e si mantiene nell'ambito di un conflitto sindacale fisiologico, essa potrà godere di una tutela più ampia. Diversamente, qualora il danno d'immagine non sia riconducibile a una matrice sindacale e si configuri come un attacco arbitrario da parte di singoli lavoratori, troveranno applicazione i principi generali in materia di rapporto fiduciario e obblighi di correttezza, con conseguenze potenzialmente sanzionatorie per gli autori delle condotte lesive.

Per concludere, va sottolineato come le nuove forme di conflitto sindacale emerse nell'era digitale fanno emergere in tutta evidenza la necessità di un aggiornamento del quadro normativo vigente, al fine di garantire una tutela efficace dei diritti dei lavoratori e di preservare l'efficacia delle azioni collettive, operando, a sommosso parere di chi scrive, verso tre direttrici. La prima attraverso il riconoscimento e il varo di una disciplina sulle nuove forme di protesta digitale, come

³⁰ Sul punto già, L. FORNI – T. VETTOR, *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Giappichelli, Torino, 2018 e, più di recente, M. IASELLI – V. IASELLI, *Nuove tecnologie, sicurezza e protezione dati*, Giuffrè, Milano, 2024 e E. BATTELLI – T. CUFFARO, *Codice della privacy*, Giuffrè, Milano, 2025.

³¹ P. LAMBERTUCCI, *Brevi note sul diritto di critica del rappresentante sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 1, p. 15; F. D'AVERSA, *Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei "Social Media" e degli altri sistemi di interazione sociale*, in *Labour & law issues*, 2019, 2, p. 46; M. CARVELLO, *Critica sindacale: tra legittimo esercizio e diritto alla permalosità*, in *Lav. giur.*, 2017, 4, p. 368; D. IARUSSI, *Il delicato confine "sostanziale" tra diritto di critica sindacale, espressioni diffamatorie e condotta antisindacale: spunti di riflessione*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 2, p. 584; T. SCHIAVONE, *I confini del diritto di critica sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 1, p. 249.

il net strike e il twitter storm, definendo chiaramente i limiti e le modalità di esercizio legittimo di tali azioni, al fine di conciliare il diritto di sciopero con la tutela degli interessi aziendali e della collettività; la seconda, attraverso l'adattamento della normativa sullo sciopero alle specificità dello smart working, prevedendo misure che impediscano al datore di lavoro di neutralizzare l'effetto delle astensioni collettive attraverso la flessibilità organizzativa. Ciò potrebbe includere l'introduzione di disposizioni che vietino il recupero delle ore non lavorate a causa dello sciopero o che riconoscano forme alternative di protesta compatibili con le caratteristiche del lavoro agile. La terza, attraverso la promozione del dialogo sociale e della contrattazione collettiva, strumenti questi da considerarsi come privilegiati per la regolazione delle nuove forme di conflitto digitale.

Riferimenti Bibliografici

AA.VV., *Net Strike. No copyright. ET. Pratiche antagoniste nell'era telematica*, Venezia, 1996.

ALVINO I., *Il diritto di sciopero e i suoi limiti. Il commento*, in *Lav. giur.*, 2008, 8, p. 829.

BELLAVISTA A. – SANTUCCI R., *Tecnologie digitali, poteri datoriali e diritti dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2022.

BATTELLI E. – CUFFARO T., *Codice della privacy*, Giuffrè, Milano, 2025.

BAVARO V., *Lo sciopero e il diritto fra innovazione, tradizione e ragione pratica*, in *Lav. dir.*, 2015, 2, p. 285.

BORGOGELLI F., *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 39.

BRANCA G., *Riflessioni sullo sciopero economico*, in *Dir. lav.*, 1968, p. 151.

CALAMANDREI P., *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, 221 ss.

CARINCI F., *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 123, p. 423.

CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971.

CARUSO B., *Il conflitto collettivo post-moderno: come di adegua il diritto del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 93, p. 93.

CARUSO B., *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 326, 2017.

CARVELLO M., *Critica sindacale: tra legittimo esercizio e diritto alla permalosità*, in *Lav. giur.*, 2017, 4, p. 368.

CIUCCIOVINO S., *Lavoro digitale e tutela collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 1043.

CONTRERAS NAVIDAD S., *El derecho de reunión virtual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

DAUBLER W., *La rappresentanza degli interessi dei lavoratori al di là della contrattazione collettiva*, in *Lav. dir.*, 2015, 101.

D'AVERSA F., *Il diritto di critica (anche sindacale) nell'epoca dei "Social Media" e degli altri sistemi di interazione sociale*, in *Labour & Law Issues*, 2019, 2, p. 46.

FAIOLI M., *"Jobs App", "Gig economy" e sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, p. 291.

FALERI C., *"Social network" e nuove modalità di autotutela degli interessi collettivi*, in *Labor*, 2023, 3, p. 229.

FERRARI P., *Remotizzazione del lavoro e nuove frontiere del conflitto collettivo*, in M. MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, Milano, 2020, p. 183 e ss., sp. 190 e 191.

FERRARI P., *Lavoro da remoto e conflitto collettivo durante e oltre la pandemia*, in *Quaderni della Commissione di Garanzia Scioperi*, Roma, 2021, p. 20.

FORLIVESI M., *Sindacato e lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Ec. soc. reg.*, 2019, 1, p. 31.

FORLIVESI M., *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Labour & law issue*, 2018, 1.

FORNI L. – VETTOR T., *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Giappichelli, Torino, 2018.

GAETA L., *Le teorie dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 139 ss.

GAROFALO D., GENOVIVA P., *Lo sciopero*, Giappichelli, Torino, 1984, pp. 305.

R. GARCÍA, *¿El derecho de reunión virtual?, ¿Netstrike? o ¿Cibermanifestación? análisis jurídico*, in *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica: Madrid (España) 22, 23 y 24 de noviembre de 2018*, Antonio Fernández de Buján y Fernández (dir.), Vol. 1, 2019, p. 267.

GOTTLIEB TARAS D., BENNETT J.T., TOWNSEND A.M., *Information Technology and the world of work*, Routledge, Londra, 2017.

HODDER A., HOUGHTON D., *Union use of social media: a study of the University and College Union on Twitter*, in *New Technology, Work and Employment*, 2015, 3, p. 173.

IARUSSI D., *Il delicato confine "sostanziale" tra diritto di critica sindacale, espressioni diffamatorie e condotta antisindacale: spunti di riflessione*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 2, p. 584.

IASELLI M.– IASELLI V., *Nuove tecnologie, sicurezza e protezione dati*, Giuffrè, Milano, 2024

LA TEGOLA O., *Il conflitto collettivo nell'era digitale*, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 2, p. 638.

LAMBERTUCCI P., *Brevi note sul diritto di critica del rappresentante sindacale*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 1, p. 15.

LASSANDARI A., *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Labour & law issues*, 2018, p. XVII.

MAINARDI S., *Rivoluzione digitale e diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 2, p. 341.

MAIO V., *Attualità del crumiraggio*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 523.

MAIO V., *Sciopero e conflitto nel lavoro digitale. Osservazioni in tema di net strike, twitter storm e off simultaneo degli smart workers*, in *federalismi.it*, 2022, 17, p. 147.

MAIO V., *Il diritto del lavoro e le nuove sfide della rivoluzione robotica*, in *Arg. dir. lav.* 2018, p. 1415 e ss., sp. 1439.

MARAZZA M., *Diritto sindacale contemporaneo*, Giappichelli, Milano, 2022, p. 164.

MARIUCCI L., *Il conflitto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 1 ss.

MICOZZI F. P., *Sicurezza informatica. Obblighi e responsabilità dopo il recepimento della NIS2 e la L. 90/2024*, Giappichelli, Milano, 2024.

NICOSIA G., *La sostenibile leggerezza del confine tra sciopero e astensione collettiva dei lavoratori autonomi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 1, p. 121.

ORLANDINI G., *Conflitto collettivo*, in *Enc. dir.*, 2016, p. 95.

PESSI A., *Unità sindacale e autonomia collettiva*, Giappichelli, Torino, 2007.

PIETROPAOLI S., *Informatica criminale. Diritto e sicurezza nell'era digitale*, Torino, 2022.

PIROZZOLI A., *La libertà di riunione in Internet*, in *Dir. inform.*, 2004, 4-5, p. 595-605.

ROTA A., *Il web come luogo e veicolo del conflitto collettivo: nuove frontiere della lotta sindacale*, in P. TULLINI (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 197-212.

ROTA A., *Tecnologia e lotta sindacale*, in *Labour & law issues*, 2019, p. 198.

SANTONI F., *La libertà e il diritto di sciopero*, in *Conflitto, concertazione e partecipazione*, a cura di F. LUNARDON, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, dir. M. PERSIANI, F. CARINCI, Cedam, Padova, 2011, p. 54.

SCHIAVONE T., *I confini del diritto di critica sindacale*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 1, p. 249.

SCIARRA G., *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell'ordinamento globale*, in *Pol. dir.*, 2012, 2/3, p. 213.

SCIOTTI R., *Realtà digitale e nuove dinamiche del conflitto collettivo*, in *Riv. inf. mal. prof.*, 2019, 2/3, p. 273.

TAMPIERI A., *La trasformazione digitale ed organizzativa del lavoro e il rilancio dei processi di apprendimento permanente del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2021, 3, p. 647.

TASCON LOPEZ R., *El esquirolaje tecnologico*, Aranzadi, 2018, 125.

VELASCO M., *Redes sociales, lo público y lo político en construcción*, in *Rev. lat. com.*, 2013, 121, p. 82.

VIANA M. T., *De la huelga al boicot: los varios significados y las nuevas posibilidades de las luchas obreras*, in *Dir. mer. lav.*, 2024, 1, p. 321.

LA NOZIONE DI DISABILITÀ TRA PASSATO E FUTURO

Anna Maria Battisti¹

Università degli Studi di Roma Tor Vergata

DOI: <https://doi.org//10.62140/AB2112025>

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'evoluzione del concetto di disabilità nel quadro nazionale e nella Convenzione Onu del 2006; 3. Il contributo della giurisprudenza comunitaria; 4. Il nuovo lessico normativo nel decreto n. 62 del 2024. 5. Il duplice procedimento di valutazione. Criticità. 6. Gli ulteriori interventi di assestamento della normativa. 7. Osservazioni conclusive.

Riassunto: Il contributo ricostruisce l'evoluzione normativa e giurisprudenziale della nozione di disabilità nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, soffermandosi, in particolare, sulle recenti novità apportate dal nostro legislatore, evidenziandone punti di forza e criticità.

Parole chiavi: quadro normativo disabilità; giurisprudenza comunitaria; novità legislative.

Abstract: This essay reconstructs the legal and jurisprudential evolution of the concept of disability in national and supranational law, focusing, in particular, on recent innovations made by our legislator, highlighting its strengths and criticalities

¹ Professoressa Associata di diritto del lavoro e diritto della sicurezza sociale, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, E-mail: battisti@economia.uniroma2.it. LINK ORCID: ID 0000-0001-8319-2455.

Keywords: *Disability regulatory framework; EU case law; new legislation.*

Introduzione

E' a tutti noto che la nozione di disabilità è stata novellata dal recente decreto legislativo 3 maggio 2024 n. 62, concernente la «*Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l'elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato*», entrato in vigore il 30 giugno scorso.

A tal fine, per comprendere, appieno, la portata di quest'ultimo provvedimento, una pillola di cronologia non guasta; credo cioè che non si possa prescindere da un tentativo di ricostruire l'evoluzione della nozione *de qua*. E' evidente infatti che si tratta di una nozione in costante evoluzione, che dipende dal contesto di riferimento che va qui richiamato, sia quello nazionale che quello sovranazionale.

Del resto, è indispensabile darne una definizione non solo perché ci aiuta a comprendere i profili e le questioni che ne discendono: si pensi all'acceso dibattito, in merito al periodo di comporto delle assenze per malattia, riconducibili alla disabilità del lavoratore, che ha finito per coinvolgere sia i cd. accomodamenti ragionevoli² della organizzazione aziendale sia i profili della strategia antidiscriminatoria², ma anche perché ogni intervento che si intende realizzare per promuovere i diritti per le persone con disabilità non può non passare necessariamente da una preliminare puntualizzazione della nozione stessa.

L'evoluzione del Concetto di Disabilità nel Quadro Nazionale e nella Convenzione ONU del 2006

² Sul tema, da ultimo, si veda, ampiamente, G. DELLA ROCCA, *Determinazione del periodo di comporto del disabile «di fatto»: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2024, 1, p. 127 ss.

Nell'ambito del dibattito dottrinale, la disabilità è intesa comunemente come sinonimo di menomazione, perdita, anomalia strutturale, funzionale, del fisico, della mente; si tratta, dunque, di uno scostamento dalla media della normalità, che è valutabile tendenzialmente con logiche sanitarie, essa riguarda e risiede esclusivamente nella persona che ne è affetta³.

Ed infatti, gran parte delle norme ricalca(va) questo paradigma come modello di interpretazione della realtà, anche se va precisato, sin da subito, che i termini handicap, disabilità e invalidità si riferiscono a *status* diversi. E, tuttavia, le norme nazionali hanno creato e creano molta confusione al riguardo, perché il concetto di disabilità è spesso stato avvicinato, in modo del tutto errato, al concetto di invalidità.

Concetto, quest'ultimo che, storicamente e normativamente, trova una precisa definizione nell'art. 2 della legge n. 118 del 1971, che considera “mutilati e invalidi civili coloro che sono affetti da una minorazione congenita, o acquisita, che comporta un deficit funzionale permanente anche a carattere progressivo”; è dunque uno *status* che esiste e che ha protezione in quanto riconosciuto dalle competenti commissioni, anche se è una invalidità civile, diversa da quella motivata da ragioni di servizio, di lavoro, o da guerra.

Al tempo stesso, è noto altresì che un riferimento alla invalidità al lavoro è contenuto nella nostra Costituzione nel comma 2 dell'art. 38, ove è previsto che” i lavoratori hanno diritto a che siano preveduti e assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia, disoccupazione involontaria”⁴.

³ A.INNESTI, *La nozione di disabilità nel contesto italiano e internazionale*, in *BollettinoAdapt* del 16 maggio 2014.

⁴ M. PERSIANI, *Art.38*, in G. BRANCA- A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelliil Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 232 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, p. 19; L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1988, p. 1 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, p. 607 ss.; G. SUPPIEJ, *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Giugni. Studi sul lavoro*, Cacucci, Bari, 1999, p. 1295 ss.; C. LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Futura, Roma, 2009; D. SICLARI, *Riflessioni sullo statuto giuridico della disabilità nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Ec.*, 2015, p. 553.

Il concetto di disabilità a livello giuridico si riconduce, invece, alla legge n. 104 del 1992, anche se l'art.3 parla(va) di «persona con handicap», per tale intendendo «colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione», con ciò ponendo l'accento su quegli elementi che condizionano negativamente la vita di una persona, senza considerare l'ambiente in cui la persona vive, interagisce e svolge la propria attività lavorativa.

Dal canto suo, la legge n. 68 del 1999 introduce una definizione di disabilità a fini lavorativi, facendo riferimento al riguardo a coloro che presentano «*minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali*» nonché ai «*portatori di handicap*» intellettuale che comportino una riduzione delle capacità lavorative superiori ad un certo grado di invalidità. Da questo punto di vista, non appare innovativa, in quanto ripropone quella equiparazione tra disabile e invalido civile e del lavoro, anche se inizia ad utilizzare il termine disabile e non più invalido come faceva, invece, la legge precedente n.482 del 1968, prevedendo determinate percentuali a cui ricollegare determinati diritti del lavoratore (dall'avvio obbligatorio, al mutamento di mansioni) e quindi inizia ad aprire la strada ad una nozione più moderna di disabilità.

D'altra parte, l'obiettivo che la stesse intende perseguire è davvero ambizioso, se solo si pensa al nuovo istituto del “collocamento mirato”, inteso come l'insieme « di strumenti tecnici e di supporto che permettono di valutare adeguatamente le persone con disabilità nelle loro capacità lavorative e di inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro, forme di sostegno, azioni positive e soluzione dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali sui luoghi quotidiani di lavoro e di relazione».⁵

⁵ A. DI STASI, *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del “collocamento mirato”*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, p. 880, qui p. 884. Sulla nozione di “collocamento mirato”, v. P. TULLINI, *Il diritto al lavoro dei disabili: dall'assunzione obbligatoria al collocamento mirato*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, p. 332 ss.;

Un importante contributo alla ricostruzione della definizione della nozione in esame è stato invece apportato dalla Organizzazione mondiale della sanità, che ha messo a punto dei sistemi di classificazione internazionale: si pensi ad esempio che, nel 2001, è stata adottata *l'International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF)*, che sostituiva *l'International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps (ICIDH)*, messo a punto, nel 1980.

Giova al riguardo ricordare che l'ICF classifica la salute e gli stati di salute correlati prendendo in considerazione tre differenti prospettive: il corpo, la persona e la persona in un contesto (fisico, sociale, attitudinale, ecc...), definendo la disabilità come “la conseguenza o il risultato di una complessa relazione tra la condizione di salute di un individuo e i fattori personali e ambientali che rappresentano le circostanze in cui vive l'individuo” .

Non si può poi sottacere sul fatto che le maggiori novità sono comunque riconducibili alla Convenzione ONU del 2006, sui diritti per le persone con disabilità (ratificata e resa esecutiva con la legge n. 18 del 2009), che introduce una definizione di disabilità e di persona con disabilità, per così dire rivoluzionaria, che viene poi utilizzata dalla Corte di giustizia e di Cassazione per ragionare sullo *status* di persona malata.

In particolare, secondo la Convenzione la disabilità è «una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche *durature* (a lungo termine) che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». Una definizione mutevole e in evoluzione, in cui l'origine delle menomazioni non interessa: che sia a causa di traumi o di patologie croniche, curabili o incurabili, ciò che rileva è invece che ostacolino in maniera *duratura* la vita sociale/professionale di chi ne è colpito⁶.

⁶ Sul tema, I.TAMBURRO, *La nozione di fragilità nel prisma del rischio alla salute*, in *Mass.giur.lav.*, 2024, n.1, p. 124; V.VERZULLI, *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *Dir.sic.lav.*, 2024, n.1, p. 1 ss.

La concezione europea non collega quindi la disabilità alla “definitività” della menomazione ma solo alla (imprecisata) lunga durata. In questa definizione c’è tutto: c’è il concetto di disabilità, diverso da quello che è l’accertamento di un *handicap*, di una disabilità o invalidità, c’è il rapporto con l’ambiente esterno nel quale la persona con disabilità si trova inserita e c’è anche la discriminazione, la necessaria attuazione del riconoscimento di diritti che portano queste persone ad essere inserite nei vari contesti in una posizione di uguaglianza.

Il Contributo della Giurisprudenza Comunitaria

Notevole appare il contributo fornito dalla giurisprudenza comunitaria, la quale è stata investita della questione che lega la nozione di disabilità alla nozione di malattia, ai fini dell’applicazione dell’art. 2110 c.c., volto come noto a temperare il potere del datore di lavoro di licenziare un lavoratore che non può più svolgere quella mansione lavorativa perché assente per malattia oltre il periodo di comporto e il diritto del lavoratore di conservare il posto di lavoro per un certo periodo di tempo.

In particolare, ci si interroga sulla possibilità di considerare sovrapponibile o meno il concetto di disabilità con quello di malattia o se invece la disabilità in sé considerata vada integrata nell’ambito di tutela dell’art. 2110 c.c. , visto che tale articolo si limita a enunciare l’evento malattia, senza definirlo.

Di conseguenza, la nozione di malattia contenuta nell’art. 2110 c.c. si riferisce ad una nozione più ristretta di quella medica e/o medico-legale, tale da comprendere non ogni alterazione dello stato psico-fisico del lavoratore, ma esclusivamente quelle situazioni nelle quali l’infermità determini, per intrinseca gravità e/o per incidenza sulle mansioni normalmente svolte dal dipendente, una concreta ed attuale (seppure transitoria) incapacità al lavoro del medesimo.

Nonostante la recente *vis* espansiva del concetto di malattia, teso a ricomprendere anche le malattie croniche, disabilità e malattia non sono sempre concetti sovrapponibili. In buona sostanza, spesso è la malattia a generare la disabilità, altre volte la malattia può essere invece un effetto della disabilità, e quindi è la disabilità che espone il lavoratore ad una morbidità elevata che determina il suo diritto ad assentarsi ai sensi dell'art 2110 c.c. sopra citato⁷.

Tuttavia è anche vero che non tutte le disabilità determinano una morbidità maggiore del lavoratore (es. lavoratore non udente, non vedente); vi sono quindi situazioni in cui la disabilità non è legata a particolari patologie, e per questo motivo la dottrina evidenzia la necessità della conoscenza o conoscibilità non soltanto dello *status di* disabilità ma anche del nesso tra disabilità e morbidità che espone il lavoratore ad un maggiore rischio di raggiungere rapidamente il superamento del periodo di comporto e, quindi, il licenziamento.

Il numero frequente di assenze (numerosità delle malattie) e la lunga durata potrebbero essere un indice di disabilità tanto che il datore dovrebbe “presumere” e quindi indagare sulla disabilità del proprio dipendente, ma a riguardo resta fondamentale la certificazione che dica quale disabilità sussiste e se è dovuta ad una patologia. A ben vedere, come l'assenza per malattia deve essere comunicata e documentata, allo stesso modo deve accadere per la disabilità e deve essere certificato il nesso con la morbidità.

Infatti, in termini di certezza del diritto, la disabilità è nota quando sia stata accertata e riconosciuta nelle sedi competenti (ex L. 104 del 1992 e L. n. 68 del 1999, come modificate dal d.lgs. n. 62 del 2024), altrimenti in altre situazioni di disabilità “di fatto” (legate a malattie croniche) diventa fondamentale la leale collaborazione tra le parti del rapporto con un comportamento improntato ai principi generali di correttezza e buona fede⁸, come del resto si ricava dall'art. 17 del d.lgs. 62/2024, ove

⁷ *Amplius*, da ultimo, G. DELLA ROCCA, *Determinazione del periodo di comporto del disabile «di fatto»: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, cit. qui p. 131.

⁸ In tal senso, V. FILI, *Superamento del comporto di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, GI, 2023, n. 10, 2150.

è consentito alla persona con disabilità di chiedere che venga attivato l'accomodamento ragionevole e fare una proposta e, al comma 4, di partecipare al procedimento di individuazione dell'accomodamento ragionevole, ciò che fa pensare ad una collaborazione tra le parti.

L'evoluzione del concetto, in oggetto, trapela anche dalla giurisprudenza comunitaria. In proposito, la Corte di Giustizia ha modificato nel tempo la sua posizione sul concetto di disabilità. È agevole osservare come, in una prima fase la Corte, ispirandosi alla nozione bio-medica di disabilità, identificava tale fattore di discriminazione esclusivamente in una «minorazione» psico-fisica del lavoratore, disinteressandosi, invece, della valenza autonoma del pregiudizio sulla sfera relazionale del disabile e del suo rapporto con altre eventuali barriere presenti nell'ambiente lavorativo, con la conseguenza che disabilità e malattia sono nettamente distinte.

In particolare, nella sentenza Chacon Navas dell'11 luglio 2006, C-13/05, la Corte di Giustizia, nel distinguere la nozione di «handicap» da quella di «malattia», chiarisce che col primo termine doveva intendersi «un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale», e che in questo caso – a differenza del carattere transeunte della malattia – deve essere probabile che sia «di lunga durata» (quindi malattia cronica).

Cambia invece l'approccio nella sentenza della C. giust., HK Danmark dell'11 aprile 2013 (cause riunite C-335/11 e C-337/11) che rappresenta il *leading case* della disciplina in oggetto⁹. Qui infatti la Corte afferma che la nozione di handicap, di cui alla Direttiva 2000/78, deve essere interpretata nel senso che essa include: “una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa

⁹ A. DELOGU, “Adeguare il lavoro all'uomo”: l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti, in *Ambientediritto.it*, 2024, 1, p. 7.

natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con altri lavoratori e tale limitazione sia di lunga durata”.

Al tempo stesso, la Corte afferma che “non si deve (...) ignorare il rischio cui sono soggette le persone disabili, le quali, in generale, incontrano maggiori difficoltà rispetto ai lavoratori non disabili a reinserirsi nel mercato del lavoro e hanno esigenze specifiche connesse alla tutela richiesta alla loro condizione” e per questo corre il rischio di accumulare più assenze per malattie dell’altro, con la conseguenza che l’attenzione deve essere posta sulla tipologia della malattia.

Appare, dunque, in tutta evidenza, il passaggio da un modello biomedico o individuale di disabilità ad un approccio bio-psico-sociale, dinamico di disabilità, venendo in rilievo soprattutto la limitazione alla vita sociale-professionale, che consegue allo condizione di disabilità, di guisa che le due nozioni tendono a sovrapporsi (almeno nel caso delle malattie croniche)¹⁰. Così come appare chiara l’evoluzione epocale rappresentata dall’approvazione della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, di cui la Corte non poteva non tenere conto¹¹.

L’ampliamento del concetto di disabilità, consolidatosi nell’ordinamento multilivello, ha avuto inevitabilmente delle ripercussioni sul nostro ordinamento interno, caratterizzato, come si è visto, da un quadro “frastagliato” e dalla assenza di una nozione unitaria di disabilità, su cui si è innestato il recente decreto n. 62/2024.

4. Il Nuovo Lessico Normativo nel Decreto N. 62 del 2024.

¹⁰ Senza dimenticare anche Corte giust. 18 dicembre 2014, FOA (Fag og Arbejde), C-354/2013, punto 53, secondo cui anche l’obesità rientra nella nozione allargata di handicap, ai sensi della Direttiva 2000/78, allorché sia di ostacolo alla partecipazione del lavoratore alla vita professionale.

¹¹ Principio quest’ultimo ribadito anche di recente dalla Corte di Giustizia, con sentenza del 18.01.2024, nella causa C-631/22.

Il quadro nazionale, in effetti, evidenzia che le nozioni legali di disabilità appaiono ancora ispirate ad una concezione biomedica, riferita alle menomazioni, e faticano ad introiettare quella concezione “bio-psico-sociale”, inaugurata dalla Convenzione ONU del 2006¹². E, tuttavia, l’impellenza di un intervento regolatorio di sistema, non solo sul piano definitorio ma anche su quello accertativo, ha trovato spazio nella legge delega in materia di disabilità (l. n. 227/2021), dove finalmente è prospettata l’introiezione domestica del modello “bio-psico-sociale”.¹³

Da questo punto di vista, infatti, il decreto n. 62 del 2024 riveste una portata storica perché va ad innovare la definizione di disabilità, al fine di adeguarla alle previsioni della Convenzione Onu del 2006, introducendo il principio della valutazione multidimensionale finalizzata alla definizione di un progetto individuale, personalizzato e partecipato, volto all’inclusione e alla realizzazione delle condizioni necessarie per garantire l’autodeterminazione e una vita indipendente alle persone disabili. A tale innovazione si accompagna il tentativo di riformare i sistemi di accertamento della disabilità e di semplificare l’accesso ai servizi. Quello che emerge è *in primis* il diverso approccio culturale e il nuovo linguaggio normativo utilizzato¹⁴.

Si consideri infatti che il nuovo art. 3 modifica la terminologia in materia, con conseguente abolizione di tutte le altre desuete e stigmatizzanti definizioni. Così, a) la parola: «handicap», ovunque ricorre, è sostituita dalle seguenti: «condizione di disabilità»; b) le parole: «persona handicappata», «portatore di handicap», sostituita da «persona con disabilità»; c) le parole: «con connotazione di gravità» e «in situazione di gravità», sostituite dalle seguenti: persona con disabilità «con necessità di sostegno

¹² R. NUNIN, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell’ordinamento internazionale*, in “*Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*”, 2020, 4, p. 886 ss.; S. MARGIOTTA, *Tutela dei disabili, “accomodamenti ragionevoli” e obbligo di “repechage”*, in *Labor*, 2020, p. 636; P. LAMBERTUCCI, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2020, p.33; M. GASPARRO, *Ancora sugli accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2021, p. 372.

¹³ Per un primo commento alla legge-delega cfr. M. DE FALCO, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2022, 5, p. 1738 ss

¹⁴ Da ultimo, si veda: E. MASSAGLI, I. FIORE, *La trasformazione del linguaggio e dei modelli inclusivi nel d.lgs. 62/2024: una nuova definizione di disabilità*, in *Bollettino Adapt*, 2024, n.3

elevato o molto elevato»; d) le parole: «disabile grave», ove ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: «persona con disabilità con necessità di sostegno intensivo».

La nuova definizione di disabilità costituisce pertanto il punto più qualificante della riforma. In particolare, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera a), questa deve ora intendersi come la «duratura compromissione fisica, mentale, intellettuale, del neuro-sviluppo o sensoriale [della persona] che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri».

E' evidente dunque il passaggio da una nozione di disabilità medica ad una nozione di disabilità bio-psico-sociale, volta a valorizzare il carattere “relazionale” della disabilità, reso esplicito dal richiamo alla «interazione» con i fattori – ambientali, culturali, sociali e comportamentali – presenti nell'ambiente circostante, che è d'altronde quella euro-unitaria, recepita dal d.lgs. n. 62/2024, con la conseguenza che si supera il «disallineamento» tra la normativa europea e internazionale (dir. 2000/78/CE artt. 1 e 5, Convenzione ONU del 2006), da un lato, e la disciplina nazionale (l. 104 del 1992, l. n. 68 del 1999, d.lgs. n. 216 del 2003, l. n. 18 del 2009), dall'altro.

Il Duplice Procedimento di Valutazione Criticita

Non mancano però le incognite al riguardo, se solo si pensa che il legislatore del 2024, a differenza della nozione di disabilità europea, ove non occorre alcun riconoscimento ufficiale o istituzionale, contempla invece un duplice procedimento di valutazione: il primo prevede una valutazione di base (affidata-dal 1 gennaio 2026, in via esclusiva- all'Inps) attivabile solo attraverso un certificato medico introduttivo, trattandosi, pertanto, di una procedura valutativa medicolegale. Tale procedimento sarà unificato al processo dell'accertamento dell'invalidità civile, della cecità civile, della sordocecità e degli elementi utili alla definizione della condizione di non autosufficienza, e coprirà quindi ogni diversa tipologia di disabilità.

Alla valutazione di base si affianca, poi, una seconda valutazione multidimensionale, fondata sull'approccio bio-psico-sociale, che tuttavia è soltanto eventuale e attivabile a richiesta della persona e finalizzata alla predisposizione del progetto di vita, per l'inclusione della stessa, che ricomprende anche gli accomodamenti ragionevoli. La valutazione multidimensionale unificata è finalizzata della individuazione dei fabbisogni di assistenza. Ed inverso, si intravede il rischio che l'accertamento della condizione di disabilità – porta di accesso alle tutele – continui ad esaurirsi nella mera valutazione medica, il cui esito negativo preclude l'attivazione della seconda fase “multidimensionale” maggiormente idonea ad intercettare le più complesse situazioni di vulnerabilità meritevoli di tutela.

In buona sostanza, è questa un'innovazione molto importante, che però tradisce immediatamente il limite principale della riforma, costituito dal fatto di prevedere una sorta di doppio accertamento: si prefigura infatti un sistema duale, che rischia di garantire a tutti soltanto un accertamento di base e di riservare a un gruppo ristretto di persone considerate particolarmente vulnerabili l'accesso a quello che dovrebbe essere per tutti il presupposto della valutazione della disabilità.

Per contro, la valutazione multidimensionale costituisce un diritto che discende direttamente dalla nuova definizione di disabilità, in quanto essa è il presupposto per il riconoscimento della condizione della persona e per il conseguente accesso a tutti dei diritti che la convenzione Onu del 2006 riconosce ai disabili, così come costituisce uno specifico diritto la predisposizione del progetto individuale di vita (Pdv-Ipp)¹⁵.

E' da sottolineare inoltre -che dal 1 gennaio 2025 -per la valutazione di base è prevista l'adozione -rispetto alle precedenti previsioni- della classificazione internazionale delle malattie (ICD) dell'Organizzazione mondiale della sanità e della classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF) . Senonché, è stato osservato che si tratta di indicatori eccellenti, nel delineare i profili di funzionamento della persona, ma che nulla dicono sui bisogni di questa e sulle

¹⁵ O. BONARDI, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality Network*, 8 febbraio 2022.

barriere e gli ostacoli esistenti nella società che possono aggravare, ovvero alleviare, la sua condizione. In particolare, il sistema ICF è una «fotografia statica che non coglie i processi di impoverimento che la società trasferisce sulle persone con disabilità»¹⁶.

Al tempo stesso, l'utilizzo congiunto delle classificazioni dell'OMS, della classificazione internazionale delle malattie (ICD) e della classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF) nell'ambito del procedimento di valutazione, è probabile che possa portare a ricomprendere gran parte delle malattie croniche all'interno del concetto di disabilità, ma solo se la patologia cronica dà delle limitazioni alla vita professionale.

Il rischio insomma è che si adotti una nuova definizione di disabilità che, da un lato, non incida sull'accesso delle prestazioni di carattere economico e, dall'altro, limiti gli accertamenti rilevanti per l'accesso a queste ultime alla sola valutazione medico-legale, pure effettuata sulla base dei nuovi descrittori del funzionamento della persona, senza alcuna considerazione degli aspetti multidimensionali e delle interazioni con le diverse barriere sociali a cui pure quella nuova nozione di disabilità dovrebbe ispirarsi.

Si tratta, comunque, di un cambio di paradigma, anzi secondo alcuni di una vera e propria «rivoluzione copernicana»¹⁷ dal momento che il d.lgs. 62/2024 abbandona la correlazione fra disabilità e gravità della menomazione che connotava negativamente la persona per introdurre una nuova correlazione quella fra disabilità e intensità dei sostegni necessari ad assicurare la partecipazione delle persone in un contesto di «uguali».

In tal senso depongono infatti le novità riguardanti il progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato, la cui paternità è a dire il vero riconducibile ad una legge emanata 25 anni fa, la legge n. 328 del 2000 che considerava il progetto

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ V. FALABELLA, M.P. MONACO, *Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità*, in Bollettino ADAPT 20 maggio 2024, n. 20.

come uno strumento fondamentale ai fini del percorso di inclusione, un vero e proprio diritto della persona.

Gli Ulteriori Interventi di Assestamento della Normativa

Infine, vanno ricordati per completezza due interventi di assestamento del decreto n. 62 del 2024, sopracitato, ad opera della legge di bilancio 2025 (legge 30 dicembre n. 207), che rappresentano un significativo passo avanti verso una gestione più efficace e semplificata dei procedimenti legati all'accertamento della disabilità.

Queste disposizioni, valide dal 1° gennaio 2025, includono innovazioni che semplificano le visite di revisione e l'accertamento dei requisiti sanitari, come previsto dall'art. 1, commi 167 e 168, della Legge di Bilancio citata.

In particolare, è previsto che, per l'intero 2025, le visite di revisione delle prestazioni riconosciute a soggetti con patologie oncologiche saranno effettuate mediante valutazione sugli atti, salvo richiesta di visita diretta. Inoltre che, per il 2025, sarà possibile effettuare un unico accertamento sanitario per più domande, con integrazione della commissione medica ove necessario; le disposizioni si applicano anche alle revisioni già programmate e nelle aree di sperimentazione della valutazione di base.

Osservazioni Conclusive

È sicuramente apprezzabile l'intensa attività del legislatore italiano, che ha emanato negli ultimi tempi numerosi provvedimenti normativi, impegnato a far fronte alle nuove fragilità e rischi sociali. Anche se, nella consapevolezza della difficoltà di introdurre immediatamente la riforma, l'art. 40 comma 2 del d.lgs. 62/2024 dispone non solo un ingresso delle disposizioni scaglionato nel tempo ma che la prima fase applicativa sia effettuata in via sperimentale su dei campioni di

territori, a partire dal 1° gennaio 2025¹⁸, mentre per l'entrata a regime su tutti i territori nazionali occorrerà attendere il 1° gennaio 2026.

Appare, invece, poco comprensibile l'uscita di scena del progetto di realizzare un Codice Unico delle Disabilità, al fine di armonizzare, riordinare e semplificare le attuali disposizioni in materia, trovandoci ormai a più di trent'anni dall'emanazione della legge quadro sull'handicap n. 104/92 ed essendo conseguentemente giunto il tempo per un suo aggiornamento, sia alla luce del mutato riparto di competenze tra Stato e regioni, sia in relazione alla necessità di ripensare una struttura organizzativa al passo coi tempi, sia infine per aggiornare, come pure previsto, la legge 104/92 rispetto ai numerosi interventi giurisprudenziali, in materia, oltre che rispetto alle innovazioni provenienti dalla Convenzione Onu e dalla Strategia europea 2021- 2030.

Bibliografia Essenziale

BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, p. 19

BONARDI Olivia, *Luci e ombre della nuova legge delega sulla disabilità*, in *Italian Equality Network*, 8 febbraio 2022

COLAPIETRO Carlo, *Diritto al lavoro dei disabili e Costituzione*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, p. 607 ss.

DE FALCO Massimiliano, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2022, 5, p. 1738 ss

DELLA ROCCA Giada, *Determinazione del periodo di comporta del disabile «di fatto»: contrattazione collettiva carente e giurisprudenza allo sbaraglio*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2024, 1, p. 127.

¹⁸ Alcune province sono state individuate come apripista di questa sperimentazione a partire dal 1° gennaio e per tutto il 2025 (Brescia, Catanzaro, Firenze, Forlì-Cesena, Frosinone, Perugia, Salerno, Sassari e Trieste).

DELOGU A., “*Adeguare il lavoro all’uomo*”: l’adattamento dell’ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l’adozione di ragionevoli accomodamenti, in *Ambientediritto.it*, 2024, 1, p. 7

DI STASI Antonio, *Il diritto al lavoro dei disabili e le aspettative tradite del “collocamento mirato”*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, p. 880, qui p. 884.

FALABELLA V., M.P. MONACO, *Prima analisi del decreto legislativo 3 maggio 2024, n. 62 in materia di disabilità*, in *Bollettino ADAPT* 20 maggio 2024, n. 20.

FILIP Valeria, *Superamento del comporta di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità*, *GI*, 2023, n. 10, 2150.

GASPARRO M., *Ancora sugli accomodamenti ragionevoli*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2021, p. 372.

INNESTI A., *La nozione di disabilità nel contesto italiano e internazionale*, in *BollettinoAdapt* del 16 maggio 2014.

LA MACCHIA Carmen (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Futura, Roma, 2009

LAMBERTUCCI Pietro, *Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2020, p.33

MARGIOTTA Stefano, *Tutela dei disabili, “accomodamenti ragionevoli” e obbligo di “repechage”*, in *Labor*, 2020, p. 636

MASSAGLI Emanuele, FIORE I., *La trasformazione del linguaggio e dei modelli inclusivi nel d.lgs. 62/2024: una nuova definizione di disabilità*, in *Bollettino Adapt*, 2024, n.3

MENGONI Luigi, *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1988, p. 1 ss.

NUNIN Roberta, *Disabilità, lavoro e principi di tutela nell’ordinamento internazionale*, in “*Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*”, 2020, 4, p. 886 ss.

PERSIANI Mattia, *Art.38*, in G. BRANCA- A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, ZanichelliIl Foro Italiano, Bologna-Roma, 1975, p. 232 ss.

SICLARI D., *Riflessioni sullo statuto giuridico della disabilità nell'ordinamento italiano*, in *Dir. Ec.*, 2015, p. 553.

SUPPIEJ Giuseppe, *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Giugni. Studi sul lavoro*, Cacucci, Bari, 1999, p. 1295 ss.;

TAMBURRO Livia, *La nozione di fragilità nel prisma del rischio alla salute*, in *Mass.giur.lav.*, 2024, n.1, p. 124

TULLINI Patrizia, *Il diritto al lavoro dei disabili: dall'assunzione obbligatoria al collocamento mirato*, in *Dir. Merc. Lav.*, 1999, p. 332 ss.;

VERZULLI V., *Disabilità, malattia cronica, fragilità: il lavoro agile come accomodamento ragionevole*, in *Dir.sic.lav.*, 2024, n.1, p. 1 ss.

LE DISCRIMINAZIONI PER DISABILITÀ SUI LUOGHI DI LAVORO: LE TUTELE DEL DIRITTO EURO-UNITARIO E ITALIANO

*Un'analisi delle Fonti Internazionali, Euro-Unitarie e Nazionali in Materia di Discriminazioni
per Disabilità*

Maria Cristina Cataudella¹

Università di Roma "Tor Vergata"

DOI: <https://doi.org/10.62140/MC2282025>

Sommario: 1. Premessa: l'influenza del diritto antidiscriminatorio europeo sul sistema giuridico italiano; 2. Le discriminazioni nei confronti dei disabili nei trattati e nella Carta di Nizza; 3. La direttiva 2000/78/CE *“che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”*; 4. La Convenzione ONU del 2006 *“sui diritti delle persone con disabilità”*; 5. L'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori; 6. Il recepimento in Italia della direttiva 2000/78/CE e della Convenzione ONU del 2006; 7. Considerazioni finali

Riassunto: Lo scritto analizza la tutela giuridica contro le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità, esaminando il quadro normativo internazionale, europeo e nazionale. A livello internazionale, si prende in considerazione la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, che impone agli Stati parte l'obbligo di garantire pari opportunità e prevenire ogni

¹ Professoressa di Diritto del lavoro presso la facoltà di Economia dell'Università di Roma "Tor Vergata".

forma di discriminazione; a livello europeo, invece, si fa riferimento la direttiva 2000/78/CE, che ha esteso la protezione contro le discriminazioni anche alle persone con disabilità, sia pure limitatamente al contesto lavorativo.

A livello nazionale, la Costituzione italiana fornisce una solida base di tutela avverso le discriminazioni per disabilità, in particolare tramite il principio di uguaglianza e la tutela della salute, mentre l'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori sanziona con la nullità gli atti discriminatori, compresi quelli nei confronti delle persone con disabilità. Infine, si analizza il recepimento, da parte dell'ordinamento italiano, delle disposizioni contenute nella normativa europea e nella Convenzione ONU.

Abstract: This paper examines the legal protection against discrimination faced by persons with disabilities by analysing the international, European, and national regulatory frameworks. At the international level, it considers the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) (2006), which obligates States Parties to ensure equal opportunities and prevent any form of discrimination. At the European level, the focus is on Directive 2000/78/EC, which extends discrimination protection to persons with disabilities, albeit limited to the employment context. At the national level, the Italian Constitution provides a solid foundation for protecting against disability-based discrimination—particularly through the principles of equality and health protection—while Article 15 of the Workers' Statute renders discriminatory acts null and void, including those directed at persons with disabilities. Finally, the paper examines how the Italian legal system has implemented the provisions of both the European legislation and the UN Convention.

Parole-chiave: discriminazione diretta, discriminazione indiretta, nozione di disabilità, tutele contro le discriminazioni.

Keywords: direct discrimination, indirect discrimination, notion of disability, protections against discriminations.

Premessa: L'influenza del Diritto Antidiscriminatorio Europeo Sul Sistema Giuridico Italiano

Il diritto antidiscriminatorio italiano è strettamente collegato alla normativa europea, che ne ha influenzato in modo significativo l'evoluzione.

A partire dagli anni Settanta, l'Unione Europea ha inizialmente focalizzato la sua attenzione sulla lotta contro le discriminazioni di genere, con particolare riguardo alle disparità nei luoghi di lavoro. Tuttavia, dal 2000, l'ambito di applicazione si è ampliato, includendo ulteriori fattori di discriminazione, tra cui l'orientamento sessuale, la razza, l'origine etnica, la religione, l'età, e, per quanto rileva in questo contesto, la disabilità.

Se in origine le normative europee si concentravano prevalentemente sul contesto lavorativo, nel tempo il raggio di azione si è esteso a vari settori. Un esempio significativo è rappresentato dall'introduzione del concetto di *gender mainstreaming*, che ha ampliato anche ad ambiti diversi dal lavoro la tutela contro le discriminazioni di genere².

La normativa antidiscriminatoria europea definisce principi e concetti fondamentali, come la discriminazione diretta e indiretta, la molestia, la molestia sessuale e le azioni positive. Inoltre, prevede una serie di garanzie per le vittime di discriminazione, tra cui il divieto di comportamenti discriminatori, l'alleggerimento dell'onere probatorio per la parte lesa, la tutela giurisdizionale e il diritto al risarcimento del danno.

Nella parte che segue, esamineremo prima le principali normative europee e internazionali in materia di discriminazioni per disabilità, per poi soffermarci sulle disposizioni nazionali che ne recepiscono e implementano i principi.

² Il *gender mainstreaming* è una strategia di politica pubblica che mira a integrare la prospettiva di genere in tutte le politiche, le attività e le decisioni, in modo da promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne. In pratica, significa che le questioni relative alle disuguaglianze di genere devono essere considerate in ogni fase della progettazione, implementazione e valutazione di politiche pubbliche e misure legislative, non solo nei settori tradizionalmente legati alle politiche di genere, come il lavoro o la famiglia.

Le Discriminazioni nei Confronti dei Disabili nei Trattati e nella Carta dei Diritti Fondamentali

Il divieto di discriminazione per disabilità è oggi sancito da diverse disposizioni fondamentali contenute nei trattati europei³. In particolare, l'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) stabilisce che l'Unione europea combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni, promuovendo la giustizia sociale, la parità di genere, la solidarietà intergenerazionale e la protezione dei diritti dei minori. L'art. 10 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) prevede che, nell'attuazione delle sue politiche, l'Unione debba contrastare le discriminazioni fondate su sesso, razza, origine etnica, religione, orientamenti personali, disabilità, età e orientamento sessuale. Inoltre, l'art. 19 TFUE attribuisce al Consiglio il potere di adottare misure per combattere le discriminazioni basate su questi stessi fattori.

Per quanto riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ha acquisito valore giuridico vincolante dal 2007⁴, l'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione basata *“sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”*⁵; mentre l'art. 26 riconosce e tutela il diritto delle persone con disabilità, sancendo che l'Unione deve garantire misure atte a promuovere la loro autonomia, inclusione sociale e professionale, e partecipazione attiva alla vita della comunità.

³ I trattati vengono definiti norme di diritto primario perchè delimitano l'ambito entro il quale le istituzioni dell'Unione Europea possono operare, stabilendo gli obiettivi che l'Unione europea si propone di realizzare e attribuendo all'Unione europea e agli Stati membri le rispettive competenze.

⁴ La Carta dei diritti fondamentali (o Carta di Nizza) è stata proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, ma la sua equiparazione giuridica ai trattati è avvenuta solo nel 2007 con il Trattato di Lisbona.

⁵ Va rilevato come solo i fattori di discriminazione considerati all'art. 10 TFUE trovino riscontro nelle norme derivate (direttive) mentre alcuni dei fattori di discriminazioni considerati nella Carta di Nizza non hanno trovato concretizzazione (ad es. le caratteristiche genetiche, il patrimonio).

La Direttiva 2000/78/CE “Che Stabilisce un Quadro Generale per la Parità Di Trattamento in Materia di Occupazione e di Condizioni di Lavoro”

Gli artt. 10 e 19 TFUE, relativamente alle discriminazioni per disabilità, trovano concretizzazione nella direttiva 2000/78/CE che ha l'obiettivo dichiarato di *“stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”* (art. 1 dir. 2000/78/CE). A differenza della direttiva dello stesso anno - 2000/43/CE - che si concentra sulla sola discriminazione razziale e per origine etnica⁶ - la direttiva 2000/78/CE affronta una gamma molto più ampia di fattori discriminatori, che vanno dalla religione all'orientamento sessuale, includendo sia disposizioni generali applicabili a tutti i fattori di discriminazione, sia norme specifiche per determinati tipi di discriminazione.

L'ambito di applicazione della direttiva è limitato al lavoro, inteso tuttavia in un'accezione molto estesa che ricomprende *“a) le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo; b) l'accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; l'occupazione e le condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione; c) l'affiliazione e l'attività in un'organizzazione di lavoratori o datori di lavoro, o in qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione, nonché alle prestazioni erogate da tali organizzazioni”* (art. 3 dir. 2000/78/CE)⁷.

Come le altre direttive in materia di discriminazioni, la direttiva 2000/78 introduce una serie di definizioni fondamentali, tra cui quelle di discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestia e azione positiva.

⁶ “Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica”.

⁷ Più ampio è invece l'ambito di applicazione della cit. direttiva 2000/43/CE che non è limitato al lavoro ma si estende anche alla protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, alle prestazioni sociali; all'istruzione; all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio.

La discriminazione diretta si verifica *«quando.... una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, , sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga»* (art. 2 dir. 2000/78/CE). Si tratta di una nozione connotata da oggettività perchè non rileva l'intento ma solo l'effetto discriminatorio. Inoltre, l'utilizzo del condizionale (*“... sarebbe trattata un'altra...”*), implica che il legislatore intende includere non solo le discriminazioni per cui esiste o è esistito un termine di comparazione (il c.d. *tertium comparationis*) ma anche quelle che sono potenziali o ipotetiche, ossia quelle in cui il soggetto con il quale effettuare la comparazione non esiste (o non è esistito) ma potrebbe (potenzialmente) esistere.

La discriminazione indiretta si verifica: *«quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone»* (art. 2 dir. 2000/78/CE). Qui la discriminazione non ha luogo attraverso un riferimento diretto al fattore di discriminazione ma si manifesta attraverso criteri o prassi apparentemente neutrali che, in realtà, svantaggiano o possono svantaggiare i membri di un determinato gruppo⁸.

La dottrina e la giurisprudenza hanno poi elaborato i concetti di “discriminazione multipla”, di “discriminazione intersezionale” e di “discriminazione per associazione”.

Si ha discriminazione multipla quando un soggetto viene discriminato in ragione di più fattori di discriminazione (ad es. donna migrante, donna disabile); Quando queste discriminazioni si intersecano in modo tale che i fattori coinvolti non

⁸ Un esempio di discriminazione indiretta per disabilità può essere una politica aziendale molto rigida dell'orario di lavoro, che non ammette flessibilità. Una politica di questo tipo, anche se si rivolge indistintamente a tutti i lavoratori può penalizzare i dipendenti con disabilità che possono aver bisogno di una maggiore flessibilità per appuntamenti medici regolari.

In Italia si è recentemente posta la questione se la previsione di uno stesso periodo di comporto anche per le persone con disabilità rappresenti o possa rappresentare una discriminazione indiretta per disabilità (v. da ultimo Cass. 2 maggio 2024, n. 11731; Cass. 22 maggio 2024, n. 14316; Cass. 6 settembre 2024, n. 24052).

possano essere separati, si parla di discriminazione "intersezionale", un sottoinsieme della discriminazione multipla⁹.

La discriminazione per associazione si verifica quando una persona è discriminata per il fatto di essere associata a un gruppo discriminato, pur non appartenendo allo stesso. Questa nozione è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰, proprio con riferimento alle discriminazioni per disabilità. Nel caso portato all'attenzione della Corte di Giustizia, la sig.ra *Coleman* veniva discriminata non perchè disabile ma in quanto madre di un bambino portatore di handicap: la Corte di Giustizia ha stabilito che il divieto di discriminazione previsto dalla normativa europea non si applica esclusivamente alle persone direttamente colpite dalla disabilità, ma anche a coloro che, pur non essendo disabili, subiscono svantaggi a causa del loro legame con persone disabili.

La direttiva 2000/78/CE prevede alcune eccezioni alle discriminazioni per disabilità: alcune sono deroghe di carattere generale, valide per tutti i fattori di discriminazione, altre sono deroghe specifiche, applicabili esclusivamente alle discriminazioni per disabilità. Le deroghe generali sono due: la prima riguarda le discriminazioni dirette, ammesse quando *“per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato”* (art. 4 dir. 2000/78/CE)¹¹; la seconda riguarda le discriminazioni indirette, che sono

⁹ In pratica, la discriminazione intersezionale riconosce che le forme classiche di oppressione (come razzismo, sessismo, abilismo, omofobia, ecc.) non agiscono in modo indipendente, ma sono interconnesse e si influenzano reciprocamente, creando un sistema complesso di esclusione. La nozione di discriminazione intersezionale è stata sviluppata principalmente da Kimberlé Crenshaw, una giurista e accademica statunitense (K. Crenshaw, *Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics*, University of Chicago Legal Forum, 1989, 139 e ss. Secondo la sua teoria le esperienze di discriminazione non possano essere comprese separatamente come razziali o di genere, ma debbano essere considerate insieme, dato che le persone che appartengono a più identità sociali affrontano forme di discriminazione che sono diverse da quelle che derivano da ciascuna categoria singolarmente.

¹⁰ Corte Giust. 17 luglio 2008, causa-C-303/06, *Coleman*.

¹¹ Una compagnia aerea può richiedere che i piloti che assume abbiano determinate capacità fisiche e sensoriali (come una vista e un udito ottimali o l'assenza di patologie che possano compromettere la sicurezza del volo). Se una persona con una disabilità che compromette queste capacità non viene assunta, ciò potrebbe non costituire una discriminazione diretta illecita, poiché il requisito è essenziale e proporzionato per garantire la sicurezza dei passeggeri e dell'equipaggio.

ammesse quando il criterio o la prassi “*siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari*” (art. 2 dir. 2000/78/CE)¹².

In aggiunta, la direttiva stabilisce una deroga specifica per le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità, laddove il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la direttiva “*sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi*” (art. 2 dir. 2000/78/CE).

Un concetto distinto da quello di discriminazione è quello di “*molestia*”, definita come un “*comportamento indesiderato... avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo*” (art. 2 dir. 2000/78/CE). Per qualificare un comportamento come “*molestia*”, analogamente a quanto avviene per la discriminazione, non è necessario dimostrare l'intenzionalità di quel comportamento ha posto in essere ma è sufficiente che lo stesso produca l'effetto di violare la dignità della persona. Sebbene la molestia sia concettualmente diversa dalla discriminazione, viene equiparata dal legislatore alla discriminazione per quanto riguarda le tutele: le vittime di molestia godono, infatti, delle stesse tutele previste per le vittime di discriminazione; anche l’“*ordine di discriminare*” viene equiparato alla discriminazione (art. 2 dir. 2000/78/CE).

Le “*azioni positive*” sono delle “*misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi*” che gli Stati membri possono mantenere o adottare (art. 7 dir. 2000/78/CE). Sebbene non siano promosse direttamente dall'Unione Europea, le azioni positive sono consentite, purché non contraddicano i principi fondamentali dell'Unione.

La direttiva 2000/78/CE, in linea con le altre normative antidiscriminatorie, prevede una serie di misure di contrasto alle discriminazioni. In primo luogo,

¹² Questo significa che affinché si concretizzi una discriminazione indiretta non è sufficiente che si sia prodotto un effetto discriminatorio ma è necessario anche che non sussista una finalità legittima che giustifichi la stessa o che, qualora sussiste una finalità legittima, i mezzi utilizzati per perseguirla siano non proporzionati/eccessivi rispetto alla stessa.

stabilisce un divieto generale di discriminazione in ambito lavorativo, che si estende dall'accesso al lavoro fino alla cessazione del rapporto lavorativo e comprende anche la formazione e l'orientamento legati all'attività lavorativa nonché l'affiliazione o l'attività in un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro (art. 3, dir. 2000/78/CE). Inoltre, le vittime di discriminazione hanno il diritto di agire in giudizio per far valere i propri diritti (art. 9, dir. 2000/78/CE), e gli Stati membri sono tenuti a prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva (art. 17 dir. 2000/78/CE). Una tutela particolarmente efficace è rappresentata dalla possibilità per le vittime di discriminazione di beneficiare di un'agevolazione dell'onere della prova. In condizioni ordinarie, l'onere di provare la discriminazione spetterebbe alla vittima. Tuttavia, l'art. 10 dir. 2000/78/CE stabilisce che, qualora la vittima esponga fatti che possano ragionevolmente far presumere una discriminazione diretta o indiretta, spetta alla parte convenuta provare che non vi sia stata violazione del principio di parità di trattamento.

L'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE prevede altresì una tutela specifica per i lavoratori con disabilità attraverso le cosiddette “*soluzioni ragionevoli*”. Si tratta di misure appropriate, adottate in base alle esigenze concrete, per consentire alle persone con disabilità di accedere all'occupazione, svolgere il proprio lavoro, progredire professionalmente o ricevere una formazione, purché non comportino un onere finanziario sproporzionato per il datore di lavoro. Tali soluzioni non sono considerate sproporzionate laddove l'onere finanziario del datore di lavoro sia compensato in modo adeguato dallo Stato. Ai datori di lavoro è pertanto richiesto uno sforzo ulteriore rispetto al solo “non discriminare”, ovvero quello di mettere i lavoratori disabili nella condizione di svolgere la loro prestazione lavorativa.

La Convenzione ONU del 2006 “*Sui Diritti delle Persone con Disabilità*”

Tra le principali fonti internazionali in materia di discriminazione fondata sulla disabilità, un ruolo centrale è svolto dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006. In relazione al tema qui trattato, è opportuno evidenziarne alcuni aspetti fondamentali.

Anzitutto, la Convenzione segna un'evoluzione delle nozioni di disabilità e di lavoratore con disabilità. La disabilità non è più considerata esclusivamente una condizione personale, ma il risultato dell'interazione tra una persona con minorazioni e le barriere comportamentali e ambientali che ne ostacolano la piena ed effettiva partecipazione alla società. Come si legge nella Convenzione, *«la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri»*. Di conseguenza, l'art. 1, par. 2 definisce le persone con disabilità come *«coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri»*¹³.

Un altro aspetto innovativo della Convenzione è l'introduzione del concetto di *“accomodamento ragionevole”*, che sostituisce quello di *“soluzione ragionevole”* previsto dalla direttiva 2000/78/CE. Gli accomodamenti ragionevoli sono definiti come *«le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati, che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, adottati ove necessario in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali»*. A differenza delle soluzioni ragionevoli, il concetto di accomodamento ragionevole si applica a tutti gli ambiti della vita, e non solo al contesto lavorativo:

¹³ La Corte di Giustizia si è adeguata alla nuova nozione di disabilità introdotta dalla Convenzione Onu e ha rivisto il suo precedente orientamento più restrittivo (Corte Giust. 11 luglio 2006, causa-C-13/05, *Chacón Navas*). Con Corte Giust. 11 aprile 2013, cause riunite-C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, ha ampliato la nozione di disabilità, alla luce della Convenzione ONU, e ha affermato che anche una malattia di lunga durata può essere considerata disabilità se compromette la partecipazione della persona alla vita lavorativa in condizioni di parità con gli altri lavoratori, superando così la rigida distinzione tra malattia e disabilità affermata nella sentenza *Chacón Navas*.

Sulla nozione euro-unitaria di disabilità e sul suo impatto nel nostro ordinamento cfr., *ex plurimis*, A. M. BATTISTI, “Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità”, in *Rivista giuridica Ambiente e Diritto*, n. 3, 2024, p. 1 e ss.

riguarda infatti l'istruzione, la sanità, la giustizia, i trasporti, i servizi pubblici e molte altre sfere.

Infine, la Convenzione introduce un elemento di fondamentale importanza: il rifiuto di fornire un accomodamento ragionevole è espressamente qualificato come una forma di discriminazione. Questo principio rafforza l'obbligo degli Stati e dei datori di lavoro di garantire soluzioni efficaci per l'inclusione delle persone con disabilità, andando oltre la mera parità formale e promuovendo un'effettiva eguaglianza sostanziale.

La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006 è stata ratificata dall'Italia il 15 maggio 2009, mentre l'Unione Europea vi ha ufficialmente aderito il 23 dicembre 2010. Ciò implica che l'Italia è vincolata all'attuazione della Convenzione sia in virtù del proprio obbligo internazionale, sia in quanto Stato membro dell'UE. L'adesione dell'UE conferisce inoltre alla Convenzione una rilevanza giuridica ancora maggiore, poiché le sue disposizioni diventano parte integrante dell'ordinamento dell'Unione. Di conseguenza, in caso di contrasto con norme nazionali, queste ultime devono conformarsi ai principi della Convenzione, in linea con il primato del diritto dell'UE.

Il Quadro Nazionale. Le Discriminazioni nei Confronti dei Disabili nella Costituzione Italiana

Passando alla normativa italiana sulle discriminazioni per disabilità, va evidenziato che la Costituzione italiana non contiene una disposizione specifica che vieti espressamente le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità, a differenza di quanto avviene, ad esempio, per le discriminazioni di genere, esplicitamente considerate nell'art. 37 Cost.. Tuttavia, la tutela delle persone con disabilità si ricava da un insieme di principi costituzionali di più ampia portata.

L'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, tanto nella sua dimensione individuale quanto all'interno delle formazioni sociali in cui sviluppa

la propria personalità. Questo principio impone alla Repubblica di assicurare il rispetto della dignità e dei diritti fondamentali di ogni individuo, comprese le persone con disabilità.

L'art. 3 Cost., al primo comma, sancisce il principio di uguaglianza formale, stabilendo che *«tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»*. Sebbene la disabilità non sia menzionata espressamente, rientra certamente tra le *“condizioni personali e sociali”* cui fa riferimento l'art. 3, garantendo così alle persone con disabilità una tutela contro le discriminazioni.

A questo si affianca il secondo comma dello stesso articolo, che introduce il principio di uguaglianza sostanziale, imponendo alla Repubblica il compito di *«rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale»* che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini. Questo principio giustifica l'adozione di misure speciali a favore delle persone con disabilità, necessarie per garantire loro una reale inclusione nella società.

Infine, l'art. 32 Cost. tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività. Questo articolo assume un ruolo chiave nella protezione delle persone con disabilità, poiché impone allo Stato di garantire l'accesso alle cure e alle prestazioni sanitarie necessarie per preservare la loro salute e il loro benessere.

Sebbene, dunque, la Costituzione non preveda un divieto esplicito di discriminazione basata sulla disabilità, essa offre una solida base per l'affermazione dei diritti delle persone con disabilità attraverso i principi di dignità, uguaglianza e tutela della salute, che impongono allo Stato di rimuovere gli ostacoli alla piena partecipazione sociale e lavorativa.

L'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori

La prima norma dell'ordinamento italiano che viene in considerazione affrontando il tema delle discriminazioni è certamente l'art. 15 dello *Statuto dei Lavoratori*.

Questa disposizione ha come obiettivo primario la tutela della dignità del lavoratore, prevedendo la sanzione più severa dell'ordinamento civile – la nullità – per gli atti e i patti discriminatori di natura sindacale. In particolare, il primo comma stabilisce che: “È *nullo qualsiasi patto od atto diretto a: a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte; b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero*”.

Il secondo comma, nella sua formulazione originaria, estendeva questa tutela alle discriminazioni politiche e religiose, equiparandole a quelle sindacali. Successivamente, il legislatore è intervenuto per ampliare l'ambito di applicazione della norma, includendo progressivamente altre forme di discriminazione. Prima con la legge 9 dicembre 1977, n. 903, che ha esteso il divieto alle discriminazioni di genere, razziali e linguistiche, e poi con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che ha introdotto il divieto di discriminazione basata su disabilità, età, orientamento sessuale e convinzioni personali.

In questo modo, la sanzione della nullità è stata estesa a un numero sempre maggiore di ipotesi discriminatorie, consolidando il principio della tutela della dignità sociale del lavoratore in tutte le sue dimensioni, così come riconosciuta dalla Costituzione e da altre fonti normative.

È tuttavia importante sottolineare che l'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, oggi, non costituisce lo strumento più efficace per contrastare le discriminazioni. L'attuazione del diritto antidiscriminatorio europeo nel nostro ordinamento ha infatti introdotto misure che risultano certamente più incisive, come dimostra il riconoscimento delle discriminazioni per ragioni sindacali nell'ambito di quelle

fondate sulle convinzioni personali, disciplinate dalla direttiva 2000/78/CE e dal d.lgs. n. 216 del 2003.

Il Recepimento in Italia della Direttiva 2000/78/CE e della Convenzione ONU del 2006

La direttiva 2000/78/CE è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 28 agosto 2003, n. 216.

Rispetto alla direttiva, l'ambito di applicazione della norma è stato ampliato, includendo anche l'accesso all'alloggio, i vantaggi sociali e fiscali, l'assistenza fornita dagli uffici di collocamento, l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'eleggibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 216/2003, lett. d-bis, d-ter, d-quater, d-quinquies)¹⁴.

Per quanto riguarda le definizioni di discriminazione diretta, discriminazione indiretta e molestia e le corrispondenti tutele la normativa italiana riproduce sostanzialmente il contenuto della direttiva europea.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, l'art. 4 del d.lgs. n. 216/2003 rinvia all'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011, che disciplina le controversie in materia di discriminazione. In particolare, il quarto comma di tale norma recepisce il principio di agevolazione dell'onere probatorio per le vittime di discriminazione, introdotto dalla direttiva 2000/78/CE. Secondo questa disposizione, è sufficiente che la vittima fornisca elementi di fatto – anche basati su dati statistici – che facciano presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori¹⁵. A quel punto, spetta al

¹⁴ L'ampliamento dell'ambito di applicazione è avvenuto successivamente all'entrata in vigore della norma, quando tra i fattori di discriminazione è stata inserita anche la "nazionalità" per dare attuazione alla direttiva 2014/54/UE "relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori".

¹⁵ La seconda parte del quarto comma dell'art. 28 non aggiunge molto alla prima parte, limitandosi a precisare che "i dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata". La disposizione appare superflua, trattandosi di un'elencazione esemplificativa di una serie di dati che il ricorrente avrebbe comunque potuto utilizzare, senza la necessità di autorizzazione

convenuto dimostrare l'inesistenza della discriminazione. Questo meccanismo non costituisce una vera e propria inversione dell'onere della prova, poiché il primo onere probatorio resta a carico del ricorrente, ma rappresenta piuttosto una sua attenuazione¹⁶.

L'art. 5 del d.lgs. n. 216/2003 prevede che la legittimazione ad agire in nome, per conto o a sostegno del soggetto vittima di discriminazione sia riconosciuta anche alle organizzazioni sindacali, alle associazioni e agli enti rappresentativi del diritto o dell'interesse leso. Tale legittimazione deve essere conferita mediante delega rilasciata per atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità. La tutela giudiziaria delle vittime di discriminazioni è stata successivamente rafforzata dalla l. 1° marzo 2006, n. 67 (*"Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni"*) che, all'art. 4, prevede la possibilità per associazioni e enti individuati con decreto ministeriale in base alla loro finalità statutaria e stabilità organizzativa, di: agire in nome e per conto della persona discriminata, purché abbiano ricevuto una delega formale tramite atto pubblico o scrittura privata autenticata; intervenire nei giudizi per ottenere il risarcimento del danno subito dalle persone con disabilità e impugnare, davanti alla giurisdizione amministrativa, atti lesivi dei loro interessi; agire direttamente nei casi di discriminazioni collettive.

Con sentenza del 4 luglio 2013, la Corte di Giustizia ha sanzionato l'Italia per non aver dato correttamente attuazione all'art. 5 della direttiva 2000/78/CE sulle *"soluzioni ragionevoli"*¹⁷. Per questa ragione è stato introdotto un comma 3 bis all'art. 3 del d.lgs. 216 del 2003, che tiene conto anche della Convenzione ONU del 2006: *«Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i*

¹⁶ Cass. 28 marzo 2022, n. 9870, parla di "parziale inversione dell'onere della prova". Parla di "inversione condizionata dell'onere della prova", nel senso che l'inversione opera solo nel momento in cui il lavoratore ha previamente assolto il suo alleggerito onere, A. VALLEBONA, "L'onere della prova delle discriminazioni", in Massimario di Giurisprudenza del lavoro, 2013, p. 673.

¹⁷ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza C-312/11 del 4 luglio 2013 ha condannato l'Italia per non aver recepito correttamente e completamente la direttiva 2000/78/CE. Secondo la Corte, le misure adottate dal Paese per favorire l'inserimento lavorativo delle persone con disabilità non garantiscono, nemmeno nel loro insieme, l'obbligo per tutti i datori di lavoro di adottare soluzioni concrete ed efficaci, adeguate alle esigenze specifiche di ogni situazione. In particolare, tali misure non assicurano alle persone con disabilità pari opportunità nell'accesso al lavoro, nello svolgimento dell'attività lavorativa, nelle possibilità di avanzamento di carriera e nella formazione professionale.

datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli.... per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori».

Con la legge n. 18 del 3 marzo 2009, l'Italia ha dato attuazione alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006, rafforzando il quadro normativo a tutela dei loro diritti. La legge istituisce inoltre l'Osservatorio Nazionale sulla Condizione delle Persone con Disabilità, con il compito di: promuovere l'attuazione della Convenzione ONU a livello nazionale; predisporre un Programma di Azione Triennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilità; raccogliere e analizzare dati statistici sulla condizione delle persone con disabilità, al fine di orientare le politiche pubbliche; elaborare la relazione sullo stato di attuazione delle politiche in materia di disabilità; favorire la realizzazione di studi e ricerche per individuare aree prioritarie di intervento e migliorare l'efficacia delle azioni a tutela dei diritti delle persone con disabilità (art. 3).

Considerazioni Finali

Da questa analisi delle fonti internazionali, europee e nazionali, emerge chiaramente che la parità di trattamento per le persone con disabilità non può essere garantita solo attraverso il divieto di discriminazione. A differenza di altre forme di discriminazione, in cui l'uguaglianza formale può essere sufficiente, qui è necessario un approccio basato sull'uguaglianza sostanziale, che si realizza attraverso l'adozione di accomodamenti ragionevoli. Come sancito dalla Convenzione ONU, il vero ostacolo non è la disabilità in sé, ma un ambiente che non si adatta alle esigenze delle persone. Senza misure adeguate - come adattamenti negli orari di lavoro, strumenti tecnologici, accessibilità fisica o modalità di valutazione differenziate - il divieto di discriminazione rischia di restare inefficace. In questo senso, la lotta alla discriminazione non deve essere vista solo come una tutela individuale, ma come un investimento sociale: garantire accessibilità e inclusione non solo tutela i diritti delle persone con disabilità, ma arricchisce l'intero tessuto economico e sociale. Senza

un'applicazione concreta del principio degli accomodamenti ragionevoli, il divieto di discriminazione rimane puramente formale, ostacolando una reale inclusione.

Riferimenti Bibliografici

AA.VV., "La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti", a cura di M. Barbera, A. Guariso, Giappichelli, 2019.

BARBERA, Marzia; BORELLI, Silvia, "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione", in w.p. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2022

BATTISTI, Anna Maria, "Il legislatore accoglie (con qualche riserva) la nozione euro-unitaria di disabilità, in *Rivista giuridica Ambiente e Diritto*, n. 3, 2024.

CATAUDELLA, Maria Cristina, "Elementi di Diritto del Lavoro dell'Unione Europea", Cacucci Editore, 2024.

D'ASCOLA, Simone, "Il ragionevole adattamento nell'ordinamento comunitario e in quello nazionale. Il dovere di predisporre adeguate misure organizzative quale limite al potere di recesso datoriale", in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2022, n. 2, p. 179 e ss.

DELOGU, Angelo, "Adeguate il lavoro all'uomo": l'adattamento dell'ambiente di lavoro alle esigenze della persona disabile attraverso l'adozione di ragionevoli accomodamenti", in *Rivista giuridica Ambiente e Diritto*, n. 1, 2024.

FILI', Valeria, "Superamento del comporto di malattia e rischio di discriminazione indiretta per disabilità", in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 2145 e ss.

GAROFALO; Domenico, "La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli", in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2019, p. 1211 e ss.

LAMBERTUCCI, Pietro, "Disabilità e discriminazione tra diritto comunitario e diritto interno", *Diritto del Mercato del Lavoro*, 2020, p. 33 e ss.

PAGANI, Maria Beatrice; PASQUALICCHIO, Pierluca Baldassare, “Discriminazione e disabilità”, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 3, 2023.

SALVAGNI, Michelangelo, “Nozione eurounitaria di handicap, discriminazione indiretta e accomodamenti ragionevoli”, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2, 2024.

SANTUCCI, Rosario, “La promozione dell’occupazione per arricchirsi delle “diversità delle persone con “disabilità””, in AA.VV., *Un ponte tra università e il mondo del lavoro per l’inclusione e la vita indipendente*, Franco Angeli, Milano, 2022, pp. 103 e ss.

VALLEBONA, Antonio, “L’onere della prova delle discriminazioni”, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2013, p. 673 e ss.

ZAMPIERI, Giovanna, “Disabilità e comportamento: rassegna giurisprudenziale”, in *Lavoro e Previdenza Oggi*, 2024, p. 799 e ss.

SAÚDE MENTAL E AS NOVAS MEDIDAS JUDICIAIS: DESAFIOS JURÍDICOS DO DEVER DE INFORMAR EM PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS

*Mental Health and the New Judicial Measures: Legal Challenges of the Duty to Inform Patients
With Mental Disorders*

Alyne Priscila de Souza da Costa Queiroz¹

Universidade Santo Amaro – UNISA

Carlos Cristiano Meneghin de Oliveira²

Universidade Santo Amaro – UNISA

DOI: <https://doi.org//10.62140/AQCO2462025>

Sumário: 1. Introdução; 2. A Recomendação n.º. 1/2016; 3. Resolução n.º 2.057/ 2013; 4. Caso Ximenes Lopes v. Brasil; 5. Conclusão.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Santa Úrsula (USU). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes. Mestrado acadêmico em Direito em andamento pela Universidade Santo Amaro (UNISA). Endereço eletrônico: contato@costaqueirozadvogados.com.br.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestre profissional em Ciências, Tecnologia e Gestão Aplicadas à Regeneração Tecidual pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Mestrado acadêmico em Direito em andamento pela Universidade Santo Amaro (UNISA). Endereço eletrônico: carlos.cmeneghin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0196-2044>.

Resumo: Historicamente, o direito dos pacientes com transtorno mental no Brasil recebeu maior ênfase com a entrada em vigor da Lei 10.216 no ano de 2001, sendo-lhes assegurados direitos que antes eram completamente ignorados por preconceito da sociedade. O objetivo deste artigo é apurar o dever de informar do médico, em consonância com a ética profissional e os direitos do paciente com transtornos mentais. O estudo busca abordar a acessibilidade ao direito à informação, já que existe maior complexidade da comunicação para esse grupo de vulneráveis, o direito à informação deve ser acessível e adequado a todos, sendo respeitados preceitos básicos como a dignidade da pessoa humana e a autonomia do paciente. Além disso, serão abordados casos concretos como a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em que prevaleceu a condenação do médico por inadimplência informacional. Assim, após analisar a legislação, Recomendações do CFM, diretrizes éticas e as decisões judiciais pertinentes ao caso, este artigo visa fornecer uma compreensão mais profunda para facilitar os desafios enfrentados pelos médicos ao cumprir o dever de comunicar, evidenciando a relevância do tema, destacando a importância deste tema na prática médica.

Palavras-chave: Direito Médico; Termo de consentimento livre e esclarecido; Transtornos mentais; Direito à informação; Autonomia de vontade.

Abstract: Historically, the rights of patients with mental disorders in Brazil received greater emphasis with the entry into force of Law 10.216 in 2001, ensuring them rights that had previously been completely ignored due to society's prejudice. The aim of this article is to investigate the doctor's duty to inform, in line with professional ethics and the rights of patients with mental disorders. The study seeks to address the accessibility of the right to information, since there is a greater complexity of communication for this vulnerable group, the right to information must be accessible and adequate for all, respecting basic precepts such as the dignity of the human person and the autonomy of the patient. In addition, concrete cases will be addressed, such as the decision handed down by the Superior Court of Justice in which the doctor's conviction for informational default prevailed. Thus, after analyzing the legislation, CFM Recommendations, ethical guidelines and court

decisions pertinent to the case, this article aims to provide a deeper understanding to facilitate the challenges faced by doctors when fulfilling the duty to communicate, highlighting the relevance of the topic in medical practice.

Keywords: Medical law; Informed consent; Mental disorders; Right to information; Autonomy of will.

1. Introdução

A relação entre médico e paciente tem evoluído de uma dinâmica tradicionalmente assimétrica para uma relação igualitária, na qual o médico não detém mais o poder absoluto de decisão, e a autonomia do paciente é amplamente reconhecida.

O médico precisa trabalhar de forma humanizada, tendo ciência que a vida não se comercializa, cada paciente deve ser tratado de forma única. O que se difere completamente de uma atividade que visa apenas lucro, a medicina é a ciência da promoção e preservação da saúde, fundamentada no respeito pela dignidade e individualidade de cada ser humano.

A conduta médica deve estar orientada não apenas pela eficiência técnica, mas também pela empatia e pela compreensão profunda das necessidades e circunstâncias de cada paciente, garantindo um atendimento que valorize a qualidade de vida e a integralidade do cuidado.

A corrente majoritária jurídica considera o paciente como “consumidor” e o médico como “prestador de serviços” essa relação, portanto, é regulamentada, na maioria das vezes, pelo Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, essa visão mostra-se equivocada já que medicina não pode ser vista como forma de mercantilismo, sendo essa conduta considerada antiética, vedada pelo Código de Ética Médica e passível de punição pelo respectivo conselho.

O Direito Médico é crucial na interseção entre ética profissional e direito dos pacientes, destacando o dever de informar como base da relação médico-paciente. O direito à informação é central para a autonomia do paciente e a dignidade humana.

Não obstante a dificuldade de tratar de um assunto de suma delicadeza que é a saúde, os profissionais devem estar preparados para situações em que o paciente seja acometido de transtornos mentais, como, por exemplo, transtorno de ansiedade, depressão, entre outros.

O que impacta não apenas no bem-estar emocional, mas também pode influenciar negativamente o desfecho do tratamento, sendo necessária cautela com o excesso de informações, uma vez que esse excesso tira do paciente o poder de tomada de decisão consciente.

Ademais, existem situações em que o direito à informação pode sofrer limitações a depender da situação concreta, quando o paciente exerce o direito de não ser informado, em emergências, situações de risco à integridade física do paciente, ou de outrem, ou quando o médico precisa mitigar as informações visando minimizar danos psicológicos ao paciente, exercendo o “privilegio terapêutico”.

Este estudo visa identificar e analisar os desafios legais do dever de informar, especialmente em casos envolvendo transtornos mentais, e propor soluções para garantir uma abordagem ética e juridicamente sólida na prática médica em consonância com os direitos fundamentais do paciente e tenham validade em um contexto jurídico.

Ademais, irá analisar legislação pertinente sobre o tema, incluindo a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor bem como as recomendações do Conselho Federal de Medicina com ênfase na Recomendação nº. 1/2016 que orienta a sobre a elaboração do termo de consentimento livre e esclarecido.

2. A Recomendação N. 1/2016

A recomendação 1/2016 do Conselho Federal de Medicina descreve o termo de consentimento como um documento de fácil compreensão, os termos científicos quando utilizados devem estar acompanhados do seu significado, com tamanho de letra de pelo menos 12 para facilitar a leitura, que o termo tenha espaços em branco para que o paciente possa interagir com perguntas, e ao final o campo de assinatura para validação do termo.

O Conselho considera que são necessárias orientações éticas complementares sobre a obtenção do consentimento em situações especiais como a possibilidade de transtornos psicológicos, ou preexistência de transtornos mentais.

Como já mencionado, a legislação consumerista também regula a relação entre médico e paciente. Nesse contexto, o dever de informar está amparado pelos artigos 6º, inciso III, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, que garantem o direito à informação clara e adequada sobre os serviços prestados.

No Brasil, os direitos dos pacientes com transtornos mentais foram consagrados pela Lei 10.216/01 onde foram assegurados diversos direitos entre eles o de participar da tomada de decisões sobre sua saúde e possibilidades de tratamento. Conhecida como Lei Antimanicomial, ela representa um avanço importante na política de saúde mental do país.

Seus principais objetivos são a desinstitucionalização, onde a lei propõe o fechamento gradual dos hospitais psiquiátricos e a construção de uma rede de serviços substitutivos, como os centros de atenção psicossocial (CAPS), unidades ambulatoriais que atendem as pessoas com transtornos mentais sem necessitar da internação em grandes hospitais.

Há também como outro princípio a atenção comunitária, ou seja, a Lei Antimanicomial defende que o tratamento de pessoas com transtornos mentais seja realizado de forma comunitária e integradora, utilizando a rede de serviços públicos de saúde e a articulação com outras áreas, como a educação e a assistência social.

Ainda, a referida lei prevê o respeito aos direitos humanos. Isto porque a norma reforça a necessidade de garantir os direitos fundamentais das pessoas com transtornos mentais, incluindo o direito à liberdade, ao tratamento adequado e à participação na sociedade. A internação involuntária, por exemplo, só deve ocorrer em situações específicas e com um acompanhamento rigoroso, para evitar abusos.

Neste mesmo sentido, a norma ainda garante a autonomia e protagonismo do paciente, uma vez que a legislação busca garantir que as pessoas com transtornos mentais tenham autonomia sobre suas escolhas de tratamento e participação em sua reabilitação.

Ademais, a referida normativa também tem em seu escopo após a condenação no caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso envolveu a violação de direitos humanos de um paciente internado em uma instituição psiquiátrica no Brasil, sendo um marco no contexto da saúde mental e da desinstitucionalização, além de representar o reconhecimento internacional dos direitos das pessoas com transtornos mentais.

Apesar de ser um marco significativo, a implementação da Lei 10.216 enfrentou desafios. A construção da rede de serviços substitutivos foi lenta e em muitos lugares os CAPS ainda não têm estrutura ou recursos suficientes. Em algumas regiões do país, os hospitais psiquiátricos ainda existem, embora de forma reduzida, e o modelo de atenção psicossocial ainda precise ser fortalecido.

Além disso, é necessário garantir uma maior integração entre os serviços de saúde mental e outras políticas públicas, como a assistência social e a educação, para assegurar uma inclusão efetiva das pessoas com transtornos mentais na sociedade.

Sendo de suma importância quando tratamos sobre esse grupo de vulneráveis, que antes eram vistos como 'loucos', mas agora detêm iguais direitos aos demais pacientes, garantindo acesso a cuidados adequados, respeito à dignidade e proteção contra qualquer forma de discriminação ou tratamento desumano, além

disso, a internação de pacientes com transtornos mentais passou a ser admitida como exceção, e não mais a regra.

Além da lei supracitada o próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n.º 2.057/ 2013 consolidou os princípios universais do paciente com transtornos mentais, além da proteção ao ser humano, à defesa do ato médico privativo de psiquiatras e aos critérios mínimos de segurança para os estabelecimentos hospitalares ou de assistência psiquiátrica.

3. Caso Ximenes Lopes V. Brasil

Como já mencionado, o caso Ximenes Lopes v. Brasil é um importante julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que envolveu a violação de direitos humanos de um paciente internado em uma instituição psiquiátrica no Brasil. O caso é fundamental no contexto da saúde mental e da desinstitucionalização, além de representar um marco no reconhecimento internacional dos direitos das pessoas com transtornos mentais.

O julgamento destacou a responsabilidade do Brasil na proteção dos direitos de pacientes psiquiátricos e evidenciou as condições desumanas a que muitos estavam sujeitos em hospitais psiquiátricos no país.

O processo tem origem na morte de Damião Ximenes Lopes, um homem com transtornos mentais, internado na Casa de Custódia de Teresina, no estado do Piauí, Brasil. Damião foi internado de forma involuntária em 1999 e morreu em 2004, após ser submetido a condições degradantes durante sua internação. A denúncia foi feita pela Defensoria Pública do Estado do Piauí e por familiares, que alegaram que Damião morreu após ser sujeito a tratamentos abusivos e negligentes dentro da instituição.

Ximenes Lopes ficou por anos em um estabelecimento psiquiátrico onde a falta de cuidados médicos, de higiene e as péssimas condições de vida afetaram profundamente sua saúde. O paciente foi submetido a tratamentos desumanos, com

falta de alimentação adequada, ausência de medicamentos, condições de superlotação e isolamento. No hospital psiquiátrico, a violência física e psicológica era uma constante, e o paciente estava privado de qualquer cuidado digno.

A família de Ximenes Lopes e seus defensores alegaram que o Brasil violou os direitos humanos do paciente, com base em práticas de internação em manicômios, que representavam formas de tortura, e em condições inadequadas que não respeitavam os princípios de dignidade e integridade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso, concluiu que o Brasil foi responsável por diversas violações dos direitos humanos de Damião Ximenes Lopes, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Entre as principais violações identificadas pela Corte, destacam-se a conduta cruel, desumana ou degradante ocorrida durante sua internação, o que constituiu uma violação ao artigo 5º da Convenção Americana, que proíbe a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o que causou danos irreparáveis à sua saúde física e mental.

Igualmente, reconheceu a falta de assistência médica adequada ao caso. Isto porque a Corte observou que as autoridades brasileiras não garantiram a assistência médica adequada durante a internação de Ximenes Lopes, violando o direito à saúde e à proteção da saúde mental, o que resultou em sofrimento físico e psicológico adicional para o paciente. Por mais que a clínica fosse privada, caberia ao Estado Brasileiro a devida fiscalização, fato este que não ocorreu ao presente caso.

Ademais, a Corte concluiu que o Brasil falhou em adotar as medidas necessárias para garantir que Damião Ximenes Lopes tivesse acesso a um tratamento digno, em violação aos direitos humanos previstos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Na parte dispositiva, ficou asseverado que o Brasil deveria fazer uma série de medidas de reparação, como a indenização financeira à família de Ximenes Lopes,

como compensação pelas violações sofridas, incluindo danos materiais e morais. Igualmente, o país foi condenado a implantar uma política de saúde mental para pessoas com transtornos mentais compatíveis com os direitos humanos, o que acabaria afastando as condições asilares, além de criação de serviços comunitários de saúde mental.

O caso *Ximenes Lopes v. Brasil* teve um grande impacto na política de saúde mental no Brasil e na proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais. A decisão da Corte Interamericana evidenciou a necessidade de mudanças profundas no sistema de saúde mental brasileiro, impulsionando a implementação de políticas públicas mais humanas e inclusivas, alinhadas com os direitos humanos.

4. A Resolução N.º 2.057/ 2013

Quando o médico lida com pacientes com transtornos mentais, sua responsabilidade em comunicar torna-se ainda mais complexa. Devido ao fato de o profissional ter que assegurar que o paciente recebeu as informações de forma clara e compreensível, isso inclui explicações sobre diagnósticos, opções de tratamento e possíveis efeitos colaterais.

A capacidade de decisão racional do paciente pode ser prejudicada por alguns transtornos mentais, comprometendo sua autonomia e a validade do consentimento. Portanto, o médico deve exercer cautela e buscar alternativas para assegurar que o paciente compreenda adequadamente as informações.

Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde, são considerados Transtornos mentais, a depressão, o transtorno afetivo bipolar, a esquizofrenia e outras psicoses, demência, deficiência intelectual e transtornos de desenvolvimento, incluindo o autismo.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) o Brasil é o país com o maior número de pessoas ansiosas, com uma crescente prevista para os próximos anos, por isso os profissionais da saúde, em algum momento, estarão diante

de um paciente com transtorno mental, e deverá saber a melhor maneira de proceder com o dever de informar.

O dever de informar do médico tem ganhado destaque nas condenações judiciais, inclusive, o próprio Superior Tribunal de Justiça através do Acórdão no REsp 1.848.862 se posicionou em decisão desfavorável ao médico por falhar na comunicação sobre riscos de determinado procedimento.

Não se trata de um dano decorrente da prestação de serviços de saúde, mas sim da falta de esclarecimento, por parte dos profissionais, sobre os riscos e eventuais dificuldades do procedimento cirúrgico.

O mesmo direito é assegurado ao paciente que possui algum transtorno mental, que embora tenha momentos que lhe faltam lucides, não é justificativa para o médico decidir sem participar o paciente das alternativas terapêuticas, e efeitos colaterais do tratamento.

O entendimento das informações médicas pode ser prejudicado por sintomas como confusão, desorientação ou dificuldades cognitivas associadas aos transtornos mentais, por isso a comunicação deve ser adaptada para garantir que o paciente compreenda a informação, respeitando sua capacidade cognitiva e emocional.

A abordagem empática do médico é essencial para comunicação eficaz, o profissional deve estar imbuído de preceitos éticos visando sempre o melhor para o paciente. Uma abordagem personalizada e de fácil compreensão, além da elaboração de um termo de consentimento livre e esclarecido, e quando possível com a autorização por escrito do paciente, o acesso aos familiares, podem ser fatores determinantes para uma base sólida de comunicação e eficácia de tratamento.

Pacientes com transtornos mentais frequentemente enfrentam estigmatização e preconceito, o que pode impactar negativamente sua autoestima e sua disposição para buscar ou continuar o tratamento.

Necessidade de Abordagem Multidisciplinar: O tratamento eficaz pode exigir uma abordagem multidisciplinar envolvendo psicólogos, psiquiatras, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais, o que pode ser complexo de coordenar.

Tratar pacientes com transtornos mentais exige uma abordagem cuidadosa e empática, com atenção especial à comunicação, ao gerenciamento dos sintomas e à coordenação dos cuidados.

No entanto, existe o contraponto sobre o dever de informar, pois existem casos em que essa obrigação pode acarretar prejuízos ao tratamento do paciente, e por isso cabe ao médico exercer o “privilegio terapêutico”.

O privilégio terapêutico poderá ser utilizado quando a informação da verdade possa causar ao paciente prejuízo psicológico grave, de modo que o próprio termo de consentimento poderá ser recusado, nesse tipo de ocasião o profissional poderá fazer uso do “Protocolo Spikes” que consiste na habilidade de comunicar más notícias, exigindo sensibilidade e preparo.

5. Conclusão

Esta pesquisa ressalta a necessidade de uma abordagem centrada no paciente, onde o dever de informar vá além da simples transmissão de dados clínicos. O médico deve avaliar cuidadosamente até que ponto informar os pacientes com transtornos psicológicos, considerando que a intensidade dos sintomas pode afetar sua capacidade de decisão.

O médico possui o dever de esclarecer e o paciente possui o direito de ser informado sobre os riscos do tratamento, suas vantagens e desvantagens, as possíveis técnicas a serem empregadas, exceto quando tal informação possa afetá-lo psicologicamente,

O princípio da autonomia da vontade, ou autodeterminação, possui base constitucional e previsão em diversos documentos internacionais, sendo de suma

importância no contexto jurídico e ético da saúde. A autonomia do paciente é uma garantia, que assegura o direito à liberdade e à dignidade, e é fundamental para a proteção dos direitos individuais e a promoção do respeito pela integridade pessoal.

A transmissão da informação é uma troca, que também se inclui o silêncio, o médico deve se manter atento ao que o paciente tem a dizer. Uma técnica abordada pelo Conselho Federal é de repetir as últimas palavras ditas pelo paciente, pois o incentiva a continuar falando e demonstra o real interesse do profissional pelos seus sentimentos.

São muitos os desafios da relação médico-paciente, ressaltando que a confiança é a base da relação, seguida de empatia e compreensão, todas essenciais para o sucesso de qualquer intervenção médica.

Referências Bibliográficas

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Direito e saúde mental**. São Paulo: Verlu, 2012.

FREIRE, Maria de Fátima; TORQUATO, Bruno. **Bioética e Biodireito**. 4 ed. São Paulo: Del Rey, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 01 nov. 2018. Disponível em:
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº. 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, 21 jan 2016. Disponível em:

<https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 11 Ago. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.057/2013, de 20 de setembro de 2013**. Brasília: 12 nov 2013. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2057>>.

PAIVA, Caio; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. Boa Esperança: CEI, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.848.862/RN**. Recorrente: Anna Maria da Trindade dos Reis e outros. Recorrido: Jose Delfino da Silva Neto e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 abr 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 03 dez 2024.

O CONDOMÍNIO COMO ENTIDADE JURÍDICA *SUI GENERIS*

The Condominium as a Sui Generis Legal Entity

Ana Beatriz Lopes Barbosa¹

Universidade Estácio de Sá

DOI: <https://doi.org/10.62140/AB2592025>

Sumário: 1. Resumo; 2. Introdução; 3. A origem e o conceito do instituto condominial; 4. O tratamento jurídico dado ao condomínio pelo direito brasileiro; 5. A natureza jurídica *sui generis* do condomínio; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo elaborar uma breve, mas abrangente, análise sobre uma entidade jurídica relacionada ao direito de propriedade, qual seja, o condomínio, mas especificamente o condomínio edilício. A justificativa de tal investigação reside no fato de que, apesar de ser um instituto muito antigo e de grande relevância para as ciências jurídicas, ainda hoje pairam dúvidas acerca da sua natureza jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após a publicação da Lei nº 10.046, de 2002, que instituiu o Código Civil. Esse trabalho tem como base, no que tange à sua fundamentação teórica, a doutrina de grandes expoentes do Direito Civil pátrio, tais como Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Nelson e Rosa María Nery, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Neto e Nelson Rosenvald, no sentido de apresentar e comparar seus posicionamentos e elucidações, a fim de esclarecer qual seria a natureza jurídica da referida entidade. Para tanto, proceder-se-á ao método dedutivo de pesquisa, já que através das proposições estabelecidas, partir-se-á da compreensão geral sobre o tema para a posterior análise

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá, na área de concentração de Direito Público e Evolução Social, na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Graduanda em Pedagogia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Ciências Jurídicas com ênfase em Atividades da Magistratura pelo Centro Universitário Projeção. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Membro associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Advogada. E-mail: ana_beatriz_barbosa@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0002-1457>

do caso concreto. Em relação aos instrumentos utilizados, será majoritária a utilização da pesquisa bibliográfica – de ordem doutrinária, legal e jurisprudencial – na intenção de analisar como o direito pátrio está abordando o tema em comento. Em razão de tais fundamentos, acredita-se que a abordagem mais adequada para a presente pesquisa seja a de ordem qualitativa, por conta do caráter subjetivo que perpassa o estudo que está sendo realizado.

Palavras-Chave: condomínio; natureza jurídica; entidade *sui generis*.

Abstract: The present work aims to develop a brief, yet comprehensive analysis of a legal entity related to property law, namely the condominium, specifically the condominium building. The justification for this investigation lies in the fact that, despite being a very ancient and highly relevant institution for legal sciences, doubts still linger regarding its legal nature within the Brazilian legal system, especially after the publication of Law No. 10,406 of 2002, which established the Civil Code. This work is based, in terms of its theoretical foundation, on the doctrine of prominent figures in Brazilian Civil Law, such as Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz, Nelson and Rosa María Nery, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Neto, and Nelson Rosenvald, aiming to present and compare their positions and clarifications to elucidate the legal nature of the aforementioned entity. To this end, the deductive research method will be employed, as the study will begin with a general understanding of the topic and proceed to the analysis of the specific case. Regarding the tools used, the research will primarily rely on bibliographic sources—including doctrinal, legal, and jurisprudential works—with the aim of examining how Brazilian law addresses the subject in question. Based on these foundations, it is believed that the most appropriate approach for this research is qualitative in nature, given the subjective character inherent in the study being conducted.

Keywords: condominium; legal nature; *sui generis* entity.

Introdução

O presente artigo pretende elaborar uma investigação sobre uma entidade jurídica relacionada à propriedade que, apesar de muito antiga, ainda hoje não teve

determinada, de forma definitiva, a sua natureza jurídica no cenário do direito brasileiro.

Trata-se do condomínio – em especial, o edilício – cuja origem remonta ao período da Roma Antiga. Contudo, o seu crescimento exponencial só ocorreu durante o século XX, período no qual tornou-se um importante elemento do direito fundamental à propriedade, característica esta que perdura até os dias atuais.

Apesar de toda a sua importância para as ciências jurídicas, em especial para a área civilista, que se dedica ao estudo do direito à propriedade, mesmo hoje ainda pairam dúvidas acerca da sua natureza jurídica no ordenamento brasileiro, especialmente após a publicação do Código Civil no ano de 2002.

A referida lei elencou quais seriam as entidades de direito privado detentoras de personalidade jurídica – tais como as associações, as sociedades, as fundações e outras. No entanto, não incluiu em seu rol a figura do condomínio, o que levantou muitos debates acerca da sua natureza jurídica.

Quando a referida discussão chegou às Cortes Superiores, entendeu-se que o condomínio não configuraria uma pessoa jurídica de direito privado, mas sim uma massa patrimonial despersonalizada, detentora, no entanto, de capacidade processual, desde que devidamente representado por seu administrador ou síndico.

Com base nessas informações, criou-se um impasse doutrinário considerável, uma vez que, apesar de considerado um ente despersonalizado pela doutrina majoritária, o condomínio pode apresentar-se como detentor de direitos e obrigações em determinadas situações, o que acabou lhe atribuindo, inclusive, a capacidade de estar em juízo e até mesmo a necessidade de sua inclusão no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

Diante de tais circunstâncias, acredita-se que, de fato, não é possível conceder à entidade condominial a natureza jurídica de ente personalizado, uma vez que a legislação pátria, de fato, ainda não a enumerou como tal. No entanto, é impossível ignorar a realidade, principalmente a necessidade do condomínio de realizar atos e obrigações (tais como contratações de pessoas, movimentações financeiras e até mesmo firmar contratos), bem como ser detentor de direitos que não são compatíveis com a classificação de “massa patrimonial despersonalizada.”

Assim, o objetivo do presente estudo é analisar o problema acima proposto, a fim de considerar-se a possibilidade de gerar uma nova categorização para incluir a instituição condominial – qual seja, a de entidade jurídica *sui generis* (isto é, única e singular), de modo que lhe seja possível contrair direitos e obrigações, tal como uma pessoa jurídica, mas que assim não seja considerada, uma vez que ainda não houve, nesse sentido, movimentações por parte da legislação pátria.

Acredita-se que, dessa forma, seja possível amenizar os debates doutrinários sobre este assunto, bem como garantir ao condomínio uma natureza jurídica compatível com a sua realidade prática.

Vale ressaltar que, para o desenvolvimento deste trabalho, haverá um enfoque ao método dedutivo de pesquisa, uma vez que, através das proposições estabelecidas, partir-se-á da compreensão geral sobre o tema para a posterior análise do problema proposto – isto é, a classificação do condomínio enquanto uma entidade *sui generis*.

Já no que tange aos instrumentos utilizados, será preponderante a utilização da pesquisa bibliográfica, de ordem doutrinária, legal e jurisprudencial, a fim de averiguar-se como a doutrina, a legislação e os tribunais pátrios estão abordando o tema em comento. Em razão do exposto, acredita-se que a abordagem mais adequada para a presente pesquisa seja a de ordem qualitativa, em razão do caráter subjetivo que permeia o estudo por ora realizado.

A Origem e o Conceito do Instituto Condominial

Antes de iniciar-se uma abordagem qualitativa sobre um determinado assunto, mostra-se prudente, em um primeiro momento, traçar alguns comentários sobre a sua origem e os seus conceitos principais, com o intuito de planificar o auditório e colocar os destinatários destes resultados em um ponto equitativo de partida, para que possam percorrer de forma equânime todas as proposições a serem elencadas.

Com base nessa intenção, mostra-se interessante trazer, de pronto, trazer o conceito elencado por Maria Helena Diniz, que dispõe que o condomínio “ocorre

quando o mesmo bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo à cada uma delas igual direito, idealmente sobre o todo e cada uma de suas partes.”²

Tem-se, então, que o condomínio é um instituto jurídico que ocorre quando a propriedade, que, em regra pertence à um só indivíduo, pertence à duas ou mais pessoas ao mesmo tempo, as quais exercerão sobre ela direitos e deveres de forma simultânea.³

A origem do referido instituto remonta à Roma Antiga, onde surgiram as primeiras *ínsulas*, as quais consistiam em edifícios de alguns andares que abrigavam várias famílias ao mesmo tempo, inclusive com a inserção de espaços comuns. À época, as *ínsulae* serviam para abrigar as famílias mais pobres, e apresentavam-se em maior número que as *domus*, as quais consistiam nas mansões habitadas pela população mais nobre da cidade romana.⁴

De acordo com Andrea Loewen, professora do Departamento de História da Arquitetura e Estética do Projeto da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, “era preciso arranjar moradia em uma cidade que ia ficando cada vez mais densa. Por volta do século 2. D.C., os registros citam 1 milhão de habitantes dentro da muralha que cercava a cidade (...). Foram construções que cresceram até a queda do Império Romano, no século 4 D.C.”⁵

Diante do exposto, é possível depreender que o condomínio, ao menos na Roma Antiga, surge como uma espécie de solução habitacional para o problema de densidade populacional que era encontrado dentro das muralhas romanas. No entanto, ganhou tamanho relevo que acabou sendo disciplinado de diversas maneiras durante a evolução do Direito Romano.

Nesse sentido, esclarece José Carlos Moreira Alves, ao dispor que no direito pré-clássico o condomínio apresentava-se como uma comunhão universal de bens. Já no direito clássico, o mesmo foi tido como uma “pluralidade de propriedades por

² DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 142.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 9 ed. V. 5. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 383.

⁴ BRANCO, Ana Paula; MADUREIRA, Daniele. *Condomínio residencial nasceu na Roma antiga para abrigar pobres*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/02/condominio-residencial-nasceu-na-roma-antiga-para-abrigar-pobres.shtml> > Acesso em 22 jan. 2025.

⁵ Ibidem.

quotas ideais”.⁶ Por fim, no direito Justiniano, continuou sendo tido como uma pluralidade de propriedades por quotas ideais, mas com algumas inovações, como por exemplo, a necessidade do consentimento de todos os condôminos para a realização de construções no bem comum.⁷

Vale ressaltar que, apesar da relevância que deteve durante o Império Romano, o referido instituto teve o seu uso reduzido nos séculos seguintes, principalmente na Idade Média. Apesar de existir no referido período um sistema similar ao romano, preponderou o sistema feudalista, que à época vigorava com as suas grandes propriedades rurais.

No entanto, com a queda do referido sistema e o posterior crescimento das cidades – principalmente a partir do século XVIII, com o surgimento da Revolução Industrial – esse modelo de propriedade coletiva voltou a ganhar força, tendo um crescimento exponencial durante o século XX, período no qual foi alocado como um importante elemento do direito fundamental à propriedade, característica essa que perdura até os dias de hoje, inclusive no cenário nacional, onde o texto da própria Constituição da República Federativa do Brasil assegura o direito à propriedade,⁸ dentre as quais encontra-se a propriedade condominial.

À análise do tratamento a ela dado pelo ordenamento jurídico brasileiro é que se destinará o próximo tópico, que tem como objetivo dar uma concisa, mas essencial, explicação sobre como o instituto jurídico do condomínio é inserido no direito nacional, para que então possa ser analisada a sua natureza jurídica, especialmente no que se refere à sua modalidade edilícia.

O Tratamento Jurídico Dado ao Condomínio pelo Direito Brasileiro.

Dentre os direitos individuais elencados pelo Texto Constitucional de 1988⁹, encontra-se, como estabelecido acima, o direito de propriedade, que é entendido por

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 4 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 395.

⁷ Ibidem, p. 394-396.

⁸BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jan. 2025.

⁹ Ibidem.

Guilherme Peña de Moraes como sendo o “direito de usar, fruir e dispor de bem corpóreo, móvel ou imóvel, e reivindicá-lo de quem injustamente o possua ou o detenha”¹⁰, sendo as suas “características são desmembradas em perpetuidade, exclusividade e plenitude.”¹¹

Seguindo os preceitos do senso comum, é corriqueiro relacionar o domínio de um bem à sua exclusividade. Se um indivíduo detém a sua propriedade, espera-se que a mesma lhe seja exclusiva, tais como os direitos de usar, gozar e dispor dela.

Assim, quando o intérprete da lei se depara com um instituto como o condomínio, em que há uma espécie de propriedade coletiva, a referida afirmação fica estremeçada, já que todos os condôminos poderão exercer sobre ela os direitos e deveres dela derivados.

No entanto, é interessante ressaltar que, tal como esclarecem Farias, Netto e Rosenvald, mesmo em uma propriedade condominial, a exclusividade não é afastada, uma vez que em razão da indivisão do bem, cada proprietário deterá uma fração ideal do todo. Em suas exatas palavras, os autores afirmam que: ¹²

Ao contrário do que se possa supor, no condomínio tradicional, não há a elisão ao princípio da exclusividade, eis que, pelo estado de indivisão do bem, cada um dos proprietários detém fração ideal do todo. Nesse sentido, Marco Aurélio Bezerra de Melo bem sintetiza a questão, ao afirma que “no condomínio o direito dos condôminos é qualitativamente igual e quantitativamente diferente”. Equivale a dizer: no condomínio, o domínio é qualitativamente igual, não obstante a propriedade seja quantitativamente diferente. Podemos então conceituar o condomínio

¹⁰ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. – São Paulo, Atlas, 2017, p. 215.

¹¹ *Ibidem*.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1545.

como situação jurídica em que duas ou mais pessoas, simultaneamente, detêm idênticos direitos e deveres proprietários sobre o mesmo bem.

Isto posto, mostra-se interessante demonstrar o modo como a legislação civil, por si, trabalhou o referido conceito, bem como suas principais espécies e classificações, para que, em um desenrolar natural das conclusões até então estabelecidas, seja possível analisar enfim a sua natureza jurídica.

Seguindo a divisão estabelecida pela Lei nº 10.046, de 2002¹³, que consubstancia o Código Civil vigente, é possível perceber que o condomínio foi alocado em seu Livro III, que trata do Direito das Coisas, mais especificamente no Título III, que versa sobre a propriedade, precisamente nos Capítulos VI, VII e VII-A, que se referem ao Condomínio (de forma geral), ao Condomínio Edifício e ao Condomínio em Multipropriedade, respectivamente.

É interessante notar que, a partir do que foi estabelecido no Código Civil de 2002, a doutrina nacional também realiza algumas classificações a ele relacionadas, principalmente no que diz respeito ao condomínio tradicional.

Seguindo a doutrina preconizada por Carlos Roberto Gonçalves, em seu Curso de Direito Civil Brasileiro, ¹⁴ é possível observar que o condomínio, em sua forma geral, pode ser tido, no que tange à sua origem, como convencional, eventual ou legal. Será convencional quando originado a partir da vontade dos condôminos; eventual, quando resulta da vontade de terceiros; e legal, quando originado a partir da imposição da lei.

No que diz respeito à sua forma, poderá ser *pro diviso* ou *pro indiviso*. No primeiro, pode-se dizer que há uma divisão física aparente entre os condôminos, enquanto no segundo, a comunhão é jurídica, já que não há essa individualização na prática. Destaca-se, ainda, a divisão entre os condomínios transitórios e permanentes, de modo que as modalidades convencionais e eventuais permitem a transitoriedade,

¹³BRASIL, op. cit., 2002.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 9 ed. V. 5. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 383-386.

enquanto os permanentes são os legais, que persistem enquanto existir a situação jurídica que os determinou.

Por fim, ainda existe uma classificação condominial relacionada ao objeto, de modo que o condomínio poderá ser universal ou singular, a depender de abranger todos os bens ou apenas um deles, pré-determinado.

Em outra vertente, no que diz respeito ao condomínio em multipropriedade, elencado no art. 1.358-C do Código Civil de 2002¹⁵, tem-se que este é um regime condominial em que cada um dos proprietários é titular de uma fração de tempo em relação à propriedade, no qual terá o uso e gozo exclusivo da propriedade do referido bem, que se dará de forma alternada em relação aos demais condôminos.

Vale destacar que, apesar de terem sido analisadas neste artigo algumas disposições gerais sobre o condomínio tradicional e o condomínio em multipropriedade, daqui em diante será dado enfoque ao condomínio edilício, principalmente no que tange à sua natureza jurídica, o que ocorrerá por uma mera opção de recorte temático, como será visto a seguir.

Assim, no que tange ao condomínio edilício, tem-se que este está disciplinado a partir do art. 1.331 do Código Civil.¹⁶ No entanto, tal como esclarecem Farias, Netto e Rosenvald¹⁷, o condomínio edilício foi um instituto jurídico anteriormente regulado pela Lei nº 4.591, de 1964¹⁸, que dispõe sobre condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Contudo, tal diploma legal, hoje, detém aplicação subsidiária à codificação civil,¹⁹ de modo que esta é a principal legislação a referir-se ao tema em comento. Esta trouxe aspectos de suma importância ao tópico em análise, tais como os elementos constitutivos do condomínio edilício – quais sejam, a instituição, a convenção de condomínio e o regimento interno – os direitos e deveres dos

¹⁵ BRASIL, op. cit., 2002.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ FARIAS; NETTO; ROSENVALD; op. cit., p. 1556.

¹⁸ BRASIL, *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm> Acesso em: 22 jan. 2025.

¹⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 399.

condôminos, bem como as sanções condominiais e até mesmo a administração do condomínio²⁰

Entretanto, o que a legislação não especificou em suas determinações, em nenhuma das modalidades condominiais acima elencadas, foi a natureza jurídica do referido instituto, especialmente no que diz respeito ao condomínio edilício, cujos questionamentos acerca da sua natureza já chegaram até mesmo aos tribunais superiores pátrios.

Ao estudo deste tema é que estará destinado o próximo tópico da presente pesquisa, intitulado “A natureza jurídica *sui generis* do condomínio”, cuja pretensão reside em esclarecer qual foi o posicionamento predominantemente adotado pela doutrina e pelas jurisprudências civilistas nacionais.

A Natureza Jurídica *Sui Generis* do Condomínio

Dentro das ciências jurídicas, é muito comum que o indivíduo, ao analisar um determinado instituto, acabe deparando-se com uma espécie de classificação que os estudiosos chamam de natureza jurídica.

Desde os mais preambulares estudos do Direito, o jurista em potencial já trabalha essa questão, que pode ser considerado um importante ponto de partida para qualquer análise referente ao âmbito jurídico.

Seguindo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, tem-se que, ao menos para a Filosofia do Direito, a natureza jurídica pode ser compreendida através dos seguintes verbetes: “1. Significado último dos institutos jurídicos. 2. Afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído à título de classificação.”²¹

Isto posto, diante de tudo o que foi explanado durante estas breves elocubrações acerca do condomínio e de suas múltiplas formas, é interessante questionar qual seria a sua natureza jurídica.

²⁰ FARIAS; NETTO; ROSENVALD; op. cit., p. 1553-1575.

²¹ DINIZ, op. cit., p. 410.

De pronto, é possível afirmar que o instituto é relacionado ao direito da propriedade, pertencendo, portanto, à categorização do Direito das Coisas. No entanto, isso não responde o nosso questionamento, pois a topografia do instituto dentro do Direito Civil e na própria legislação correspondente não corresponde necessariamente à sua natureza jurídica.

Após a realização de uma exímia análise da legislação relacionada ao condomínio, é possível constatar que, apesar de ter trazido à baila aspectos muito importantes para a sua instituição e para a sua manutenção, a codificação civil e a legislação esparsa não trouxeram, de forma expressa, qual seria a natureza jurídica do condomínio.

Nestas hipóteses, passa a ser um trabalho da doutrina jurídica nacional determinar qual seria a melhor classificação possível para o referido instituto, o que, geralmente, acaba por gerar debates acalorados e posicionamentos divergentes sobre o mesmo assunto.

No caso do condomínio, em específico, essa argumentação ganha contornos ainda mais delicados, uma vez que o instituto, de forma geral, apresenta características muito peculiares. Mesmo sendo detentor da propriedade de um bem, essa propriedade não é individual, mas sim coletiva. E essa coletividade não se enquadra nem como pessoa física, tampouco como pessoa jurídica, pois assim não foi determinado pela lei e qualquer interpretação nesse sentido poderia ser considerada ilegal.

O caminho encontrado então foi considerar o condomínio uma entidade atípica, isto é, *sui generis*, dada a sua singularidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Tal particularidade ganha ainda maior relevo quando a modalidade em questão é a do condomínio edilício, que é uma das mais frequentes no cenário social atual, principalmente em razão da demanda habitacional nos grandes centros urbanos.

A doutrina civilista não apresenta um consenso acerca da natureza jurídica do referido instituto, muito em razão “do fato de coexistirem dois direitos de propriedade, um individual e outro coletivo.”²²

Nesse cenário, muitas teorias surgiram buscando explicar a referida natureza, já que muitas vezes não lhe são aplicados os princípios elencados para o condomínio tradicional.²³

Carlos Roberto Gonçalves, em seu Curso de Direito Civil Brasileiro,²⁴ explana algumas das teorias até então preconizadas. Em suas exatas palavras, o autor afirma que:

A teoria segundo a qual a propriedade horizontal seria uma comunhão de bens é afastada porque cada condômino é titular de uma unidade autônoma e, ao mesmo tempo, utiliza áreas em comum com outros condôminos. Igualmente se revela inadequada a teoria da sociedade imobiliária, visto que não se encontra, no condomínio, a *affectio societatis*, que caracteriza a sociedade. Também são afastadas as teorias que invocam institutos tradicionais para explicar a sua existência, como o direito superficiário, a enfiteuse e as servidões.²⁵

Além das acima elencadas teorias, há ainda, uma outra, denominada pela doutrina como a teoria da personalização do patrimônio comum²⁶, que tem como um dos principais fundamentos o artigo 63, §3º, da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, a qual determina que “no prazo de 24 horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unanime da Assembleia-Geral em condições de igualdade

²² FARIAS; NETTO; ROSENVALD; op. cit., p. 1556.

²³ GONÇALVES, op. cit., p. 400.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem, p. 400-401.

com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio.”²⁷

Como bem esclarece Carlos Roberto Gonçalves, tal circunstância, por si só, não é suficiente para conferir-lhe a atribuição de pessoa jurídica. Em suas exatas palavras, o autor afirma que:

A circunstância de o aludido dispositivo aludir ao condomínio como adquirente dos bens levados ao leilão final não confere a este, por si só, os atributos de pessoa jurídica. A situação é similar à do espólio que, embora também não tenha personalidade jurídica, é representando pelo inventariante, comparece em escritura de alienação e adquire direitos; ou da massa falida, igualmente representada e à qual é reconhecida a faculdade de cumprir contratos bilaterais de que resulta eventualmente a aquisição de direitos.²⁸

Pelo exposto, mostra-se incabível atribuir personalidade jurídica ao condomínio edilício. No entanto, é necessário dar-lhes algum direcionamento para a consecução de seus objetivos e realização das suas atividades. Nesse sentido, novamente esclarecem Farias, Netto e Rosenvald, ao disporem que:

Como o Direito brasileiro não agasalhou a tese da atribuição da personalidade jurídica aos condomínios, (...) a Lei Civil concede-lhe apenas a personalidade judiciária e a plena capacidade processual (art. 75, XI, do CPC), na qualidade de substituto processual. Isto posto, mesmo nos casos em que inexistia a convenção e o consequente registro, há a possibilidade de o condomínio atuar em juízo, em seu próprio nome, representado pelo síndico, exclusivamente na defesa

²⁷BRASIL, *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm> Acesso em: 22 jan. 2025.

²⁸ *Ibidem*, p. 401.

dos interesses comuns dos condôminos (...), mas não naquilo que concerne a interesses particularizados dos condôminos.²⁹

Ainda versando sobre a referida questão, da impossibilidade de estender-se, de forma legal, a personalidade jurídica ao condomínio edilício e a outros entes despersonalizados, como o espólio e a massa falida, Farias, Netto e Rosenvald afirmam que esta circunstância acaba por impedir a realização de determinados atos, que seriam “preciosos para a dinâmica do prédio e a conservação da coisa comum.”

³⁰ Assim, os autores acreditam que:

Por tais razões, o Conselho de Justiça Federal emitiu o Enunciado n. 90: “Admite-se a personalidade jurídica ao condomínio, desde que em atividade de seu peculiar interesse.” Mais recentemente, o mesmo CJF deliberou no Enunciado 246 que “fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: ‘nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse’.” No estado da arte, o Conselho de Justiça Federal permite a personificação do condomínio, atendendo a apelos de pragmatismo e operabilidade, evitando-se o árduo e lento processo de obtenção de assentimento da totalidade de condôminos para a tomada de importantes deliberações.³¹

O mesmo raciocínio de operabilidade pode ser aplicado à Instrução Normativa nº 2.119, de 2022, da Receita Federal do Brasil³², que em seu Anexo, I, III, considera os condomínios edilícios e os setores condominiais na condição de

²⁹ FARIAS; NETTO; ROSENVALD; op. cit., p. 1557.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² BRASIL, *Instrução Normativa RFB nº 2.119*, de 06 de dezembro de 2022. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=127567>> Acesso em: 22 jan. 2025.

filiais – desde que tenham sido instituídos por convenção condominial – como entidades obrigadas a se inscrever no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

Apesar de terem a obrigação de realizar inscrições ativas no CNPJ, tal manobra, assim como as demais determinadas nos Enunciados do Conselho Federal de Justiça, são atribuições práticas para o cotidiano do condomínio, mas não determinam que ele, ao fim e ao cabo, tenha a natureza de uma pessoa jurídica. Tal posicionamento também é corroborado pelo art. 44 do Código Civil de 2002,³³ que de forma deliberada, não incluiu o condomínio como pessoa jurídica de direito privado.

No mesmo sentido – qual seja, de denegar a atribuição de personalidade jurídica ao condomínio edilício, mas conferir-lhe prerrogativas peculiares para o exercício de suas atividades cotidianas – existem alguns julgados dos Tribunais Superiores que valem a pena serem analisados.

Vale ressaltar que os julgados a seguir destacados também foram citados no trabalho intitulado “O dano moral indenizável dos condomínios edilícios: uma análise sob a perspectiva constitucional”, dos autores Cesar Calo Peghini, Thiago Melim Braga e Renato Mello Leal,³⁴ o qual apresenta, no decorrer de seus resultados, uma argumentação interessante no sentido de considerar-se o condomínio edilício como uma entidade *sui generis*, ao menos no que tange à sua natureza jurídica.

O primeiro deles é o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.837.212,³⁵ da 3ª Turma, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, no qual determinou-se que os condomínios são entes despersonalizados e, uma vez caracterizado como a massa patrimonial que são, não poderiam ser dotados de honra objetiva, desconfigurando o pleito de dano moral que fora realizado.

³³ BRASIL, op. cit., 2002.

³⁴ BRAGA, Thiago Melim; LEAL, Renato Mello; PEGHINI, Cesar Calo. O dano moral indenizável dos condomínios edilícios: uma análise sob a perspectiva constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 39-62, out./dez. 2023. Disponível em: < <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/839/643>>. Acesso em: 22 jan. 2025, p. 45-52.

³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.837.212/RJ*. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiro%20TeorDoAcordao?num_registro=201901287102&dt_publicacao=03/09/2020> Acesso em: 22 jan. 2025.

Outro caso interessante, mas em outra vertente, também extraído do Superior Tribunal de Justiça, encontra-se no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 189.780,³⁶ da 2ª Turma, de relatoria da Min. Assusete Magalhães, que embora tenha negado à atribuição de personalidade jurídica ao condomínio, assegurou-lhe o mesmo tratamento dado à pessoa jurídica no que tange à possibilidade de configuração de dano moral.

Embora os julgados acima citados apresentem entendimentos diversos no que tange à configuração do dano moral em relação aos condomínios edilícios, em ambos os casos foi denegada a atribuição da personalidade jurídica à referida entidade. No entanto, no segundo caso, mostrou-se interessante observar o fato de que o tribunal lhe assegurou certas prerrogativas inerentes à pessoa jurídica, o que acabaria, em última análise, por facilitar o dia a dia condominial e a execução das atividades cotidianas.

Diante de todo o exposto, é possível determinar que, embora não seja dotado de personalidade jurídica, o condomínio edilício também não pode ser tido como um mera massa patrimonial, sem natureza jurídica. Isso porque o mesmo realiza atividades, contrai obrigações, apresenta direitos e cumpre deveres, mesmo sem a referida personalidade. Por tal motivo, acredita-se que a melhor classificação da referida entidade seria considerá-la *sui generis*, isto é, ao seu próprio modo, de acordo com as suas próprias características, sem tentar enquadrá-la em padrões já estabelecidos pela lei anteriormente.

No mesmo sentido, encontram-se as afirmações de Caio Mário da Silva Pereira, que entende o condomínio edilício como sendo:

É despiendo mobilizar todos esses velhos conceitos para a caracterização do condomínio edilício. É ele um fenômeno econômico jurídico e moderno. Não se compraz com os institutos invocados para sua explicação, nem deles necessita. Especialmente deve ser

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 189.780/SP*. Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25267705/inteiro-teor-25267706>> Acesso em 22 jan. 2025.

lembrado que, se fosse uma pessoa, o condomínio, como tal é que seria o sujeito de todas as relações jurídicas. Não é isso que se verifica. Os titulares dos direitos, que sobre as unidades autônomas, quer sobre as partes e coisas comuns, são os condôminos e não uma inexistente ou fictícia pessoa jurídica. O condomínio dito edifício explica-se por si mesmo. É uma modalidade nova de condomínio, resultante da conjugação orgânica e indissolúvel da propriedade exclusiva e da copropriedade.³⁷

Vale ressaltar, no entanto, que este é o posicionamento majoritário no Direito Brasileiro atualmente, no que tange à natureza jurídica do condomínio edilício. Isso não impede, contudo, que existam posicionamentos doutrinários em sentido contrário, como por exemplo, o do civilista Flavio Tartuce³⁸, que afirma já ter se convencido da personalidade jurídica do condomínio edilício.

Tais como Tartuce, existem outros doutrinadores e legisladores que pregam pela personalidade jurídica do condomínio edilício, de modo que já existem até mesmos projetos legislativos nesse sentido, como por exemplo o Projeto de Lei nº 3.461, de 2019, que chegou a ser aprovado pelo Senado Federal no ano de 2021³⁹ e atualmente tramita na Câmara dos Deputados.

Se o referido projeto for aprovado, a referida discussão perderá o sentido, pois haverá uma determinação legal pregando pela personalidade jurídica do condomínio edilício. Mas, por enquanto, acredita-se que o posicionamento mais adequado é o que o considera como uma entidade *sui generis*, singular e cheio de particularidades, uma vez que tal conjuntura respeita os aspectos legais e a jurisprudência dominante.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 187.

³⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*. V. 4. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 402.

³⁹ SENADO FEDERAL. *Senado aprova personalidade jurídica para condomínios edilícios*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/16/senado-aprova-possibilidade-de-condominio-ser-pessoa-juridica>>. Acesso em 22 jan. 2025.

Curiosamente, tal posicionamento é o mesmo atualmente adotado pela legislação italiana, país no qual surgiram as noções mais rudimentares do que seria o condomínio e do qual o Direito brasileiro teve grandes influências. Tal como no ordenamento pátrio, o Direito Civil Italiano – mais precisamente nos artigos 1.117 a 1.139 do Código Civil Italiano ⁴⁰ – também entende o condomínio como a entidade *sui generis* que é, o qual conjuga a propriedade individual e coletiva em um mesmo instituto, sendo dotado da autonomia administrativa necessária para representar os seus interesses no seio social.

Considerações Finais

Diante da narrativa fática até então exposta, é possível estabelecer as seguintes considerações.

O condomínio, apesar de ser um instituto jurídico muito antigo, que traz em seu bojo a ideia e a permissão da propriedade em sede coletiva, não teve – pelo menos até os dias atuais – uma regulação devidamente adequada ao tamanho de sua importância. Prova disso é o fato de que, ainda no século XXI, juristas estão discutindo um elemento basilar para o seu estudo, qual seja, a sua natureza jurídica.

Apesar de indubitável o seu pertencimento ao Direito das Coisas, mais precisamente ao Direito de Propriedade, no que tange à natureza jurídica da entidade condominial – isto é, ao seu significado, à sua categorização no mundo jurídico – ainda pairam dúvidas e debates que estão longe de serem finalizados, principalmente no que tange ao condomínio edilício, que é, na atual sociedade, a modalidade mais comumente utilizada.

Como elencado acima, muitas teorias foram criadas para tentar solucionar essa questão. No entanto, nenhuma delas conseguiu a responder de modo satisfatório, de modo que, a conclusão mais adequada que aqui se propõe é considerar o condomínio – especialmente o edilício – uma entidade *sui generis* (isto é, de seu próprio gênero).

⁴⁰ ITÁLIA. Codice Civile Italiano. Disponível em: < <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/05/del-condominio-negli-edifici>>. Acesso em: 22 jan. 2025.

Acredita-se que a referida categorização seria a mais adequada pelo fato de que a mesma não traz, em seu bojo, uma interpretação transgressora aos limites legais. Tampouco limita a atuação cotidiana nas atividades da entidade condominial, tão necessárias à sua manutenção e efetivação. Ao considerar a natureza do condomínio como sendo uma entidade *sui generis*, a classificação respeita as suas necessidades e particularidades e acaba, em última instância, por gerar um apaziguamento nos debates doutrinários que, até hoje, não forneceram uma resposta à altura do problema.

Isso, no entanto, não significa uma resposta perene. Isso porque já existem movimentações legislativas no sentido de definir uma natureza jurídica para a referida entidade – como, por exemplo, a de uma pessoa jurídica.

No entanto, enquanto não houver uma decisão efetiva nesse sentido, creditar ao condomínio – em especial, o edifício – a categoria de entidade *sui generis* aparenta ser a melhor decisão, por estar em conformidade com os princípios e preceitos legais, mas sem desconsiderar as necessidades que derivam da sua existência no plano fático.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 4 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRAGA, Thiago Melim; LEAL, Renato Mello; PEGHINI, Cesar Calo. O dano moral indenizável dos condomínios edilícios: uma análise sob a perspectiva constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 39-62, out./dez. 2023. Disponível em: < <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/839/643>>. Acesso em: 22 jan. 2025.

BRANCO, Ana Paula; MADUREIRA, Daniele. *Condomínio residencial nasceu na Roma antiga para abrigar pobres*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2024/02/condominio-residencial-nasceu-na-roma-antiga-para-abrigar-pobres.shtml>> Acesso em 22 jan. 2025.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 22 jan. 2025.

_____. *Instrução Normativa RFB nº 2.119*, de 06 de dezembro de 2022. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=127567>>

Acesso em: 22 jan. 2025.

_____. *Lei nº 4.591*, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm> Acesso em: 22 jan. 2025.

_____. *Lei nº 10.046*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 22 jan. 2025.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>

Acesso em: 22 jan. 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 189.780/SP*. Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/25267705/inteiro-teor-25267706>> Acesso em 22 jan. 2025.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.837.212/RJ*. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901287102&dt_publicacao=03/09/2020> Acesso em: 22 jan. 2025.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. 9 ed. V. 5. São Paulo, Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Livia Guimarães; SOUZA, Adriano Stanley Rocha. Do regime da multipropriedade em condomínio. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Belo Horizonte, v. 29, p. 267-279, jul./set. 2021. Disponível em: <

<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/567/487/2276>> Acesso em 22 jan. 2025.

ITÁLIA. Codice Civile Italiano. Disponível em: < <https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/05/del-condominio-negli-edifici>>. Acesso em: 22 jan. 2025.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. – São Paulo, Atlas, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. IV. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SENADO FEDERAL. *Senado aprova personalidade jurídica para condomínios edifícios*. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/16/senado-aprova-possibilidade-de-condominio-ser-pessoa-juridica>>. Acesso em 22 jan. 2025.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*. V. 4. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL JUSLABORAL BRASILEIRA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UM BREVE ESTUDO SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO

*Brazilian Juslabor Constitutional Hermeneutics and Economic Analysis of Law: a Brief Study
on Outsourcing*

Ana Cecília de Oliveira Bitarães¹

Faculdade Anhanguera Pitágoras

DOI: <https://doi.org/10.62140/ABX2025>

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise econômica do direito e STF. 2.1 Análise econômica do direito e a terceirização. 2.2 RE 958.252/MG. 2.3 O primado do trabalho na Constituição de 1988. 3. Sustentabilidade democrática. 4. Conclusão

Resumo: Este artigo tem como tema-problema estudar fundamentos do julgado da terceirização no Supremo Tribunal Federal, RE 958252/MG, pautados em teorias relacionadas à “análise econômica do direito”. A partir de um estudo bibliográfico propositivo, objetiva-se analisar consequências da hermenêutica que privilegia o capital em detrimento de direitos dos trabalhadores, prejudicando o acesso aos demais direitos fundamentais, para além dos relacionados ao trabalho. No texto, alguns apontamentos serão feitos sobre a sustentabilidade democrática,

¹ Professora de Direito da Graduação das Faculdades Anhanguera Pitágoras/Minas Gerais e CEDIN. Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Advogada. Autora. E-mail: profa.anaceciliabitaraes@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0335-8126>.

conceito tratado no sentido ambiental e de participação social. O artigo é relevante em razão do impacto que julgados do STF podem ter na uniformização da jurisprudência nacional, consolidando direitos em normas e interferindo diretamente nas relações de trabalho. Em razão do primado do trabalho, inerente à redação da Constituição de 1988, objetiva-se estudar se nessa conjuntura há compatibilidade de fundamentos de julgados pautados na análise econômica do direito. Direitos fundamentais do trabalho estão perdendo força pela via legislativa, executiva e judiciária, contrariando a promessa da nova carta constitucional de devolver aos direitos sociais um espaço democrático, que haviam sido retirados pelo estado novo e regime militar. Assim, com fins a promoção dos direitos fundamentais, acessados pelo trabalho na ordem capitalista, as discussões desse artigo se mostram importantes para viabilizar o pleno acesso.

Palavras-chave: direito, economia, trabalho, renda.

Abstract: Abstract: This article's problem theme is to study the foundations of the outsourcing ruling at the Federal Supreme Court, RE 958252/MG, based on theories related to the “economic analysis of law”. Based on a purposeful bibliographic study, the objective is to analyze the consequences of the hermeneutics that privileges capital to the detriment of workers' rights, hindering access to other fundamental rights, in addition to those related to work. In the text, some notes will be made about democratic sustainability, a concept addressed in the environmental and social participation sense. The article is relevant due to the impact that STF rulings can have on standardizing national jurisprudence, consolidating rights in standards and directly interfering in labor relations. Due to the primacy of work, inherent to the wording of the 1988 Constitution, the objective is to study whether in this situation there is compatibility of the foundations of judgments based on the economic analysis of law. Fundamental labor rights are losing strength through legislative, executive and judicial channels, contradicting the promise of the new constitutional charter to return social rights to a democratic space, which had been removed by the new state and military regime. Thus, with the aim of promoting

fundamental rights, accessed by work in the capitalist order, the discussions in this article are important to enable full access.

Keywords: law, economy, work, income.

1. Introdução

O presente ensaio se propõe a fazer um breve estudo sobre a compatibilidade de fundamentos pautados na análise econômica do direito pela hermenêutica constitucional, especialmente no julgado da terceirização, RE n.o 958.252/MG, que culminou em crível redução de direitos e garantias aos trabalhadores (Brasil, 2017).

A opção política do constituinte de 1988, após período de austeridade e ortodoxia econômica, foi de valorização dos direitos fundamentais, que são alcançados pelo trabalho digno, no qual é possível obter renda.

Desse modo, é importante pensar que, ante o conflito de classes inerente às relações de trabalho, os julgadores não devem privilegiar a ideologia liberal, avessa a princípios do Direito do Trabalho e da Constituição de 1988.

A terceirização, cada vez mais flexibilizada, culmina na geração de empregos com maior precariedade, porém sem, necessariamente, combater o desemprego. Observa-se que a valorização do capital se sobrepõe à própria valorização da dignidade da pessoa humana, na medida em que são atendidos os interesses dos empregadores para se otimizar custos, imputando menor atenção às necessidades dos trabalhadores.

Nesse sentido, este artigo pretende estudar, de forma sucinta, a compatibilidade da análise econômica do direito com a Constituição de 1988. Visa-se, ainda, fazer uma análise das implicações para o acesso aos demais direitos fundamentais pelos trabalhadores.

2. Análise Econômica do Direito e STF

Os julgados do Supremo Tribunal Federal assumem grande importância por contribuem para uniformização da jurisprudência nacional. Consolidam direitos em normas e interferem diretamente nas relações de trabalho. Das razões de decidir à semiótica dos julgados, as normas que se extraem compõem não só uma mera interpretação da constituição em caso concreto, como também carregam olhares diferentes para interpretar o mundo do trabalho pelos julgadores.

Nos últimos tempos os direitos fundamentais do trabalho foram flexibilizados por leis infraconstitucionais, desmantelados por políticas públicas e validados pela hermenêutica constitucional do STF (Coutinho, 2019, p. 19).

Nesse sentido, a hermenêutica constitucional trabalhista vem sendo meio de perda de direitos. Essa perda contraria a própria promessa da Constituição de 1988 de devolver os direitos sociais a um espaço democrático, retirados antes pelo regime militar (Dutra, 2019, p. 41).

Julgados da Corte que preconizam contratações de trabalho destituídas de proteção, com possibilidade de dispensas arbitrárias sem qualquer indenização compensatória, demonstram a preferência, dentro da zona de conflito do Direito do Trabalho, pelo tratamento desses direitos como econômicos. Essa preferência é contrária à redação Constitucional de 1988, que deslocou os Direitos do Trabalho do Título “Da Ordem Econômica e Social”, para o Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com Capítulo próprio “dos Direitos Sociais”.

2.1 Análise Econômica do Direito e a Terceirização

A prática da terceirização no Brasil se expandiu para satisfazer necessidades específicas do mercado (Delgado, 2024). Alinhou-se ao toyotismo, que visa a acumulação flexível, “produção enxuta” e controle de aspectos subjetivos do trabalho (Alves, 2008, p. 4).

Aos poucos a terceirização foi se instaurando no Brasil, ganhando os contornos que observamos atualmente. É fenômeno trilateral entre (i) o tomador de serviços, (ii) quem presta os serviços e (iii) o empregado, que pode se manifestar pela terceirização de serviços e de atividades.

Quanto a legislação pertinente ao tema, a primeira norma relevante foi a Lei n. 6.019/1974, que regulamentou o trabalho temporário nas empresas urbanas, possibilitando a contratação de mão de obra sem a responsabilidade direta dos tomadores (Biavaschi, 2011, p. 129). Em seguida, a Lei n. 7.102/1983, ampliou esse conceito para incluir os serviços de vigilância, utilizando a modalidade trilateral mencionada.

Entre 1985 a 1990, com a ampliação das possibilidades de terceirização, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho passou a reconhecer a possibilidade de existência de vínculo empregatício direto entre o prestador dos serviços e a empresa tomadora e o reconhecimento de responsabilidade solidária das contratantes (Biavaschi, 2011, p. 130).

Em 2017, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu alterações significativas, especialmente com as Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017, que permitiram a terceirização também em atividades-meio e atividades-fim das empresas tomadoras de serviços.

A questão foi posteriormente abordada no julgamento do Supremo Tribunal Federal, de número 958.252, tendo como Relator o Ministro Luiz Fux, com repercussão geral sobre o tema da terceirização. Fixou-se, por maioria dos votos, que, para processos ajuizados antes da vigência das novas leis, seria válida a terceirização em qualquer tipo de atividade empresarial, inclusive nas atividades-fim, resultando na criação do Tema 725:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas

envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. (STF, 2018, online).

Esse cenário legislativo e jurisprudencial permite a terceirização da mão de obra em todas as áreas, reduzindo discussões sobre abuso ou fraude nesse tipo de contratação, em prol das empresas que utilizam esse modelo de negócio. Sob a ótica política-jurídica, o Direito do Trabalho passa a servir mais aos interesses dos empregadores do que dos empregados, invertendo a lógica protetiva e progressista tradicional desse campo do direito.

Essa escolha legislativa deixa claro que a forma jurídica do contrato e da relação entre os envolvidos, no caso, empregado e empregador, tem como propósito a manutenção do capitalismo como sistema econômico (Pachukanis, 2017).

A terceirização irrestrita pode comprometer direitos constitucionais fundamentais dos trabalhadores. Ao comprometer dessa maneira, coloca-se em xeque anseios do constituinte de 1988, que almejava o fim de um regime autoritário pautado na ortodoxia econômica.

2.2 RE 958.252/MG

Analisando o relatório do acórdão do STF sobre terceirização da atividade-fim, RE n.º 958.252/MG (Brasil, 2024, s.p.), observa-se que partem da premissa que os valores da iniciativa privada e do trabalho são dialógicos e conectados. Em seguida, fundamentam serem essenciais “(...) para o progresso dos trabalhadores brasileiros a liberdade de organização produtiva dos cidadãos”, para evitar “intervenções na dinâmica da economia incompatíveis com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Contudo, contempla-se que há um desnivelamento dos interesses da iniciativa privada e do trabalho nesses fundamentos. Enquanto se confere liberdade de organização pelas empresas, não se confere aos trabalhadores o mesmo. Incentivadas e estimuladas formas de trabalho atípicas pelos três poderes, a

precarização pode se tornar regra (Dutra, Druck, Silva, 2020). Na ânsia pela sobrevivência, o poder de autodeterminação se traduz na aceitação de relações de trabalho que possam trazer meios de sustento.

Em seguida, sustenta-se, no relatório do Acordão, a constitucionalidade da terceirização, inclusive da atividade-fim, como “(...) imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível”, citando posteriormente uma doutrina internacional de Roberts John, *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Ademais, são citadas outras teorias internacionais, como as de Ronald H. Coase, *The Nature of The Firm*; o texto *How Much to Make and How Much to Buy? An Analysis of Optimal Plural Sourcing Strategies*, de Renjay Gulati; a doutrina *In Defense of Outsourcing*, de Phanish Puranam, Sourav Bhattachaya e Timothy Taylor.

Quanto a referências nacionais, coloca-se como fundamento, no relatório, apenas uma leitura brasileira, de Hélio Zylberstajn, “Diferencial de salários da mão de obra terceirizada no Brasil”, na qual se menciona que, para áreas como segurança e vigilância, paga-se 5% a mais em contratações terceirizadas. Além disso, sem especificar, menciona-se que, em áreas de pesquisa e desenvolvimento, bem como tecnologia da informação, confere-se salários maiores.

Observa-se que esses fundamentos são pautados em sua maior parte por doutrinas internacionais e teorias administrativas de formas a ampliar poderes de gestão empresariais. Contudo, não levam em consideração as peculiaridades de um Brasil que tem por histórico a exploração do trabalho.

Moradia, saneamento básico, nutrição, educação, saúde e demais direitos ainda estão em déficit para grande parte da população no Brasil². A forma mais direta

² “Quatro em cada 10 domicílios (41,2%) em cidades brasileiras apresentam inadequações como falta de energia, saneamento básico, banheiro exclusivo e armazenamento de água, além de insegurança fundiária” (Lisboa, 2024). No quarto trimestre de 2023, 27,6% dos domicílios no Brasil estavam em situação de insegurança alimentar (Ferreira, 2024).”

e eficaz para alcance desses direitos é pelo trabalho digno, protegido de dispensas arbitrárias, dado ser o meio para auferir renda.

2.3 O Primado do Trabalho na Constituição de 1988

Os movimentos sociais relacionados ao trabalho foram fundamentais para a passagem ao regime democrático de direito e a consolidação da Constituição de 1988. Maria Hermínia Tavares (1996, p. 35) ensina que “(...) o movimento sindical transformou-se em autor do processo da transição investindo contra a política salarial dos governos autoritários e o controle político- administrativo que exerciam sobre a vida associativa”.

Delgado (2024, p. 150) descreve que, no período da Ditadura Militar-Civil, foram contabilizadas mais de 500 intervenções estatais em entidades sindicais obreiras no país, com fechamento e afastamento das diretorias, bem como no surgimento de leis que regrediram em direitos no plano coletivo e individual trabalhista, como a Lei n.o 4.330, de 1o de junho de 1964, que tornava praticamente inviável a deflagração de greves (Brasil, 1964, s.p.); Lei n.o 4.725/1965, repressiva de ajustes salariais (Brasil, 1965, s.p.); Lei n.o 5.107/1966, enfraquecedora do sistema estabilitário e indenizatório do tempo de serviço previsto na CLT e instituidora do FGTS (Brasil, 1966, s.p.).

O momento do sindicalismo à época, a partir de 1978, foi denominado como “novo sindicalismo” com características que nortearam a redemocratização e a redação da Constituinte. Contudo, em seguida, Giovanni Alves (2000, p. 111) descreve que o sindicalismo viveu período de crise, emergindo como sindicato neocorporativo “(...) cada vez mais defensivo, disposto a incluir, em sua pauta de resistência, a parceria com o capital”.

Lelis, Clark, Ursine, Corrêa e Nascimento (2021, p. 21) nos ensinam a discrepância entre o projeto original da constituição e o que ela foi modificando, a partir de emendas constitucionais pautadas na ideologia liberal:

A verdade é que os dados socioeconômicos evidenciam uma enorme discrepância entre o projeto da Constituição Econômica e a atual forma de ordenação da estrutura social brasileira. De fato, a (des)organização do mundo do trabalho, o aumento das desigualdades econômicas, de gênero e racial, bem como a pobreza extrema e o desmantelamento das políticas ambientais, expõe uma ruptura entre as atuais forças reais de poder e a visão transformadora e emancipatória do projeto constitucional.

É importante mencionar que a sociedade capitalista é pretensamente dependente do trabalho formal, uma vez que recursos depositados que financiam programas sociais, como de acesso a saneamento básico, moradia e infraestrutura (Brasil, 2021). Contudo, discursos e políticas de austeridade ainda são presentes no dia a dia do mundo do trabalho, contrariando o estabelecido na Constituição atual.

O trabalho digno, protegido contra a dispensa arbitrária e nos moldes constitucionais, traz segurança e renda, sendo crucial para alcançar todos os demais direitos sociais. O direito ao trabalho seguro e protegido é o meio preponderante, na sociedade capitalista, de alcance dos demais direitos fundamentais.

Entretanto, grande parte das minorias sociais estão em empregos precários e informais. Os seguintes dados demonstram, a título de exemplo, como as minorias sociais ocupam condições de trabalho menos favorecidas, tais quais:

- Com relação a trabalho e cor, estudo do DIEESE (2022) aponta que, dentre as mulheres negras, 46,5% trabalhavam sem carteira assinada e não contribuíram com a Previdência Social, enquanto que 34% das mulheres brancas não contribuíram. Já com relação aos homens, 46% dos homens negros trabalham na

informalidade, enquanto 34% dos homens brancos estão nessa situação.

- Ainda com relação à cor, o relatório do SEBRAE (2023) aponta que 54% da população cadastrada no MEI se declara como negra ou parda, o que é relevante para ponderar a respeito das condições dessa forma de trabalho.

- Quanto à população LGBTQIA+, embora complexo e inexato estabelecer dados quantitativos que apontem com segurança as ocupações, dado o constrangimento de identificação da orientação sexual, pesquisa do Center for Talent Innovation aponta que “33% das empresas existentes no Brasil não contratariam pessoas LGBTQIA+ para cargos de chefia, e 41% dos funcionários LGBTQIA+ afirmam já terem sofrido algum tipo de discriminação em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero no ambiente de trabalho.” (Comunidade, 2023). Assim, por essa pesquisa, é possível extrair os contornos estruturais da precarização do trabalho da população em questão.

- Com relação às mulheres, na Nota Técnica 172 do DIEESE (2017), “Terceirização e precarização das condições de trabalho”, aponta que, em trabalhos terceirizados, a população feminina ocupa estratos com menores rendimentos.

Salienta-se que o mundo do trabalho é heterogêneo – são diversas classes de trabalhadores, estratos de remuneração e condições de trabalho –, influenciando, nesse quadro, a cor, o gênero, o tipo físico, a orientação afetiva para alcançar, manter e progredir na carreira. Desse modo, julgados trabalhistas do STF, que têm colocado

em xeque o vínculo de emprego formal, podem interferir diretamente em populações marginalizadas (Nicoli, Dutra, 2022, p. 5).

Para que direitos e garantias fundamentais e individuais sejam de fato protegidos, é necessário que os direitos relacionados ao trabalho sejam também assegurados, transformando liberdades e igualdades formais em reais. As clássicas gerações de direitos fundamentais precisam se agrupar e não se atomizar, dada a complementaridade que as proteções individuais, coletivas e sociais exigem (Teodoro, Viana; 2020, p. 719).

Desse modo, observa-se que a Constituição de 1988 tem por primado o trabalho, já que por meio deste se auferem renda, viabilizando o acesso a direitos fundamentais no atual contexto capitalista.

3. Sustentabilidade Democrática

Nos fundamentos do julgamento da terceirização da atividade-fim, RE n.o 958252/MG, observou-se que o STF pautou seus fundamentos, em sua maior parte, em doutrinas internacionais e em teorias administrativas empresariais de forma a ampliar poderes de gestão, que não levam em consideração as peculiaridades de um Brasil que ainda tem por histórico a exploração do trabalho.

Esses parâmetros econômicos para apreciação do Direito do Trabalho destoam de critérios de sustentabilidade e de democracia necessários para a manutenção da vida. Dado que a “(...) sustentabilidade nos remete à futuridade” (Lenzi, 2009, p. 22), é preciso pensar nos impactos para as próximas gerações que condições de miserabilidade do presente podem representar no futuro (Seferian, 2021).

A harmonia do meio ambiente, do material e do espiritual sustentam o “bem viver” (Solón, 2019) e, além disso, não coadunam com teorias de acumulação de riqueza acríicas, pautadas pela desigualdade social e valorização da precariedade do trabalho. Já quanto à democracia, para a grande massa da população, só pode ser

atingida pelo trabalho por garantir fonte de sustento e de poder social (Delgado, 2015, p. 31).

A democracia se relaciona com a participação social, tanto de discussão como de ação (Kamphorst; Zambam, 2019, p. 199). Em uma situação de ausência de meios para participação social na definição e debate de direitos, com a fragmentação de sindicatos e aumento excessivo dos poderes dos empregadores nas relações de trabalho, observa-se que o direito a participação na construção da democracia se torna insustentável e prejudicado.

A “internalização acrítica do pensamento ultraglobal” (Delgado, 2015, p. 29) atingiu vários âmbitos – as empresas, a forma de ser dos sindicatos, o dia a dia das pessoas. Porém, o emprego formal e os direitos do trabalho devem existir para além dos anseios do capital – o trabalho tem caráter alimentar, forma de garantir sustento e Poder Econômico. A própria Constituição da OIT (OIT, 1944, s.p.), no Anexo I, dispõe que “(...) o trabalho não é uma mercadoria”. Por se caracterizar como direito fundamental, garante-se – como a qualquer outro direito com esse status – a vinculação dos três Poderes para que seja efetivado, mormente quanto à aplicabilidade imediata.

No período de 2016 a 2022, o Direito do Trabalho viveu uma das maiores flexibilizações e rupturas, sob discurso da necessidade da austeridade e da ortodoxia econômica. Em um ramo do Direito marcado pela luta de classes e interesses opostos, como é o Direito do Trabalho, priorizar o lado econômico pode colocar em xeque importantes garantias sociais. Para buscar formas de solução, é importante entender o recente processo que proporcionou o desmantelamento dos direitos sociais.

A flexibilização de direitos sociais pode ser reflexo ainda da defasagem nos processos de justiça de transição no Brasil pós-período ditatorial, principalmente quanto à reparação de direitos sociais e econômicos, implicando em um Direito do Trabalho enfraquecido e protetor das injustiças sociais (Carranza, 2008, p. 310). Assim, os três poderes, inclusive a hermenêutica do STF, devem priorizar pelo emprego formal e garantias dos trabalhadores, uma vez que a análise econômica do

Direito, bem como um “(...) ativismo judicial consequencialista” (Abboud, 2019) podem trazer graves prejuízos sociais e históricos à classe que trabalha.

4. Conclusão

Este artigo se propôs a estudar implicações da interpretação constitucional adotada pelo STF no julgamento RE 958252/MG, fundamentado em teóricos da análise econômica do direito. Abordagens e fundamentações dessa forma podem deslocar o eixo protetivo do Direito do Trabalho para uma perspectiva que prioriza os interesses empresariais e de acumulação de capital.

Razões de decidir que sigam essa abordagem se mostram desconectadas de especificidades históricas e sociais do Brasil. O trabalho, historicamente explorado, ainda se constitui como meio central de acesso a direitos fundamentais.

O primado do trabalho inerente à redação original da Constituição de 1988, está sendo comprometido a partir da hermenêutica constitucional que coloca como prioridade a análise econômica do direito, com terceirização irrestrita e relações de trabalho flexíveis. Assim, é necessário considerar o impacto que julgados priorizando a eficiência econômica e aumento dos poderes diretivos, que podem prejudicar garantias sociais e democráticas prometidas pelo constituinte de 1988.

A sustentabilidade democrática, essencial para o desenvolvimento e manutenção da vida com participação social, a partir da discussão de direitos e execução de projetos, está conectada à proteção dos direitos trabalhistas, por ser a partir deles que se pode auferir renda, acesso a direitos por reivindicação a partir de sindicatos ou instituições. Com aumento das desigualdades sociais e de precarização das condições laborais, é preciso resgatar o compromisso constitucional com a valorização do trabalho como forma de inclusão, emancipação e acesso aos direitos fundamentais.

Desse modo, a hermenêutica constitucional deve priorizar a construção de uma sociedade democrática e igualitária. Direitos relacionados ao trabalho, em sua

essência protetiva, devem ser reafirmados como garantias necessárias à realização plena dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 108, n. 1009, p. 123-135, nov. 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/49973>. Acesso em: 25 jul. 2023.

AGÊNCIA BRASIL. **Quatro em cada 10 moradias do país têm alguma inadequação básica**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2024-05/quatro-em-cada-10-moradias-do-pais-tem-alguma-inadequacao-basica>. Acesso em: 7 jan. 2025.

ALVES, Giovanni. **Toyotismo, novas qualificações e empregabilidade: mundialização do capital e a educação dos trabalhadores no século XXI**. Disponível em: <http://www.ia.ufrj.br/ppgea/conteudo/conteudo-2008-2/Educacao-MII/2SF/1-Alves2008.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. **A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização**. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm.

Acesso em: 07 jan. 2025.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo DecretoLei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

BRASIL. **Lei no 5.107, de 13 de setembro de 1966**. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5107.htm. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 958.252/MG**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 23 nov. 2018. Disponível em: <<https://stf.jus.br>\>. Acesso em: 7 jan. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 725**: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 23 nov. 2018. Disponível em: <<https://stf.jus.br>\>. Acesso em: 7 jan. 2025.

CARRANZA, Ruben. Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes? **International Journal of Transitional**, Oxford, v. 2, n. 3, p. 310-330, dez. 2008. Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/IJTJ-Global-Justice-Corruption-2008-English.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

COMUNIDADE LGBTQIA+ no mercado de trabalho e seus desafios. **Carreira & Sucesso**, Barueri, 14 nov. 2023. Disponível em: <https://www.catho.com.br/carreira-sucesso/comunidade-lgbtqia-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 12 ago. 2024.

COUTINHO, A.; CIRINO, S. **Trabalho, identidade e reconhecimento a captura da subjetividade do trabalhador no capitalismo contemporâneo: uma estratégia frustrada?** Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], p. 1-22.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o Direito do Trabalho? Uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 83, n. 3, p. 17-58, jul./set. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/115857>. Acesso em: 07 jan. 2025.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito do Trabalho no Brasil**: formação e desenvolvimento. Colônia, Império e República. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos.
Nota Técnica 172: Acompanhamento do salário mínimo e suas repercussões sociais e econômicas. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br>.
Acesso em: 7 jan. 2025.

DIEESE. **A inserção da população negra no mercado de trabalho.** Belo Horizonte:DIEESE, 2022. Disponível em:
[https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e fontes/pesquisa/brasil-a-insercao-da-populacao-negra-no-mercado-de-trabalho-dieese-2022/#:~:text=Brasil%3A%20a%20inser%C3%A7%C3%A3o%20da%20popula%C3%A7%](https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/brasil-a-insercao-da-populacao-negra-no-mercado-de-trabalho-dieese-2022/#:~:text=Brasil%3A%20a%20inser%C3%A7%C3%A3o%20da%20popula%C3%A7%C3)

C3%A3o,de%20trabalho%20(Dieese%2C%202022)&text=A%20taxa%20de%20de
semprego %20geral,nacional%3A%208%2C7%25. Acesso em: 01 ago. 2024.

DUTRA, Renata Queiroz. Direitos Sociais em Tempos de Neoliberais: a crise Permanente. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VALE, Silvia Teixeira do; LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Hermenêutica Constitucional do Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

DUTRA, Renata; DRUCK, Graça; SILVA, Selma Cristina. A contarreforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra. **Caderno CRH**, Salvador, v. 32, n. 86, p. 289-305, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/djFJYWDLrSjCyTHJK6TNKCr/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 01 jul. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Segurança alimentar nos domicílios brasileiros volta a crescer em 2023. **Agência de Notícias IBGE**, 25 abr. 2024. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39838-seguranca-alimentar-nos-domicilios-brasileiros-volta-a-crescer-em-2023>. Acesso em: 7 jan. 2025.

KAMPHORST, M. A.; ZAMBAM, N. J. **Prospectos da sustentabilidade e da democracia na visão de Amartya Sen: relação com políticas públicas e projetos sociais**. *Problemata: Revista Internacional de Filosofia*, João Pessoa, v. 10, n. 3, 2019. DOI: 10.7443/problemata.v10i3.49153. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/article/view/49153>. Acesso em: 7 jan. 2025.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL (MDS). **Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA)**. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/DHAA_SAN.pdf. Acesso em: 7 jan. 2025.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; DUTRA, Renata Queiroz. Direitos trabalhistas como direitos LGBTI+: uma leitura queer dos retrocessos sociolaborais no STF. **Revista Direito e Práxis**, v. 13, n. 2, p. 666-691, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/NKqWjXgysZ4jB6PTfZ83qwJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 7 jan. 2025.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho**. Genebra, 1919. Disponível em: <https://www.ilo.org>. Acesso em: 7 jan. 2025.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria geral do direito e marxismo**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

SEBRAE. **Perfil do MEI 2022 atualizado**. Brasília: Data Sebrae, 2022. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2022/08/Impress%C3%A3o-Perfil-do-MEI-2022-atualizado-1.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2024.

SEFERIAN, Gustavo. Direito do Trabalho Vivo. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 6, [s.n.], p. 1-27, 2021. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/e41926>. Acesso em: 12 ago. 2024.

TEODORO, MARIA CECÍLIA MÁXIMO; VIANA, M. T. Sobre pedras, homens e leis: breve análise constitucional da reforma trabalhista. **Revista LTr**. Legislação do Trabalho, v. 6, p. 716-724, 2020.

O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO NA PESPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

The state of exception as a paradigm of government from the Italian-Brazilian perspective

Ana Clara Cabral de Sousa¹

Universidade Estácio de Sá-UNESA

DOI: <https://doi.org/10.62140/ACCS2982025>

Sumário: 1. Introdução: O estado de exceção como paradigma de governo: Brasil e Itália; 2. Conclusão.

Resumo: O presente artigo aborda o estado de exceção como paradigma de governo numa perspectiva ítalo-brasileira se mostra uma via favorável a implantação de um estado totalitário, já que o instituto tem como principal característica a anormalidade constitucional que suspende direitos e garantias. O Estado de exceção é caracterizado por um estado de anormalidade constitucional, que visa manutenção da ordem. Tais práticas dão espaço para ações de governos totalitários que, suspendem os direitos, visando manter a ordem de forma mais rápida e eficaz, criando conflitos e causando desequilíbrio entre a ordem fática e a ordem Constitucional existente e apontando como inimigos do Estado todos aqueles que se

¹ Doutoranda em Direito pela UNESA/RJ com período sanduíche na Università degli Studi di Roma-La Sapienza. Mestra em Direitos Humanos pela UNIEURO/DF. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UGF/RJ. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL/SC. Especialista em Direito Ambiental pela UNINTER/RO. Licenciada em Filosofia pela UNESA/DF. Advogada inscrita na OAB/RO. Contato: dra.anaclara.advogada@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0642-6416>.

posicionam contrários aos seus interesses políticos. Nestas circunstâncias o território, país ou estado vive uma situação de crise na qual a soberania do estado esteja em ameaça, em que os governantes recorrem à práticas de exceção do estado por tempo indeterminado e temporário, momento em que ocorre a suspensão de alguns direitos garantidos pela constituição até que a ordem interna seja restabelecida.

Palavras-Chave: Estado de Exceção; Paradigma de Governo; Brasil e Itália.

Abstract: This article addresses the state of exception as a paradigm of government from an Italian-Brazilian perspective, which shows that it is a favorable path to the implementation of a totalitarian state, since the institute's main characteristic is the constitutional abnormality that suspends rights and guarantees. The state of exception is characterized by a state of constitutional abnormality, which aims to maintain order. Such practices give space for actions by totalitarian governments that suspend rights, aiming to maintain order more quickly and effectively, creating conflicts and causing an imbalance between the factual order and the existing constitutional order, and pointing out as enemies of the state all those who position themselves contrary to its political interests.

Keywords: State of Exception; Government Paradigm; Brazil and Italy

Introdução: O Estado de Exceção como Paradigma de Governo: Brasil e Itália

Em tempos de crise, os regimes totalitários ganham espaço e passam a serem vistos como a solução para o enfrentamento dos problemas. O exemplo mais clássico foi o que ocorreu durante as décadas de 1920 e 1930, em que o cenário do pós-guerra (Primeira Guerra Mundial) ostentava uma sociedade amedrontada, enfraquecida, ressentida e economicamente devastada. Assim, todas essas crises aliadas às falácias que envolviam o comunismo explodiu uma crise mundial que ocasionou a Segunda Grande Guerra Mundial. E nesse contexto, as armas utilizadas contra o inimigo são diversas, tais como novos tipos penais, bloqueio de estradas, agravamento de penas muitas vezes com casos indeterminados.

Nota-se evidente violação dos princípios constitucionais com natureza penal como os princípios da ofensividade, proporcionalidade, razoabilidade. Em nome da prevenção e da segurança pública cria-se tipos incriminadores direcionados ao direito penal do autor. A liberdade de expressão sofre intolerância as limitações são acompanhadas de deslegitimação através de qualificações como intolerante, de natureza extremista de um discurso político visando moldar o pensamento geral.

Le “armi” utilizzate contro il nemico sono molte, provo a citarne alcune: introduzione e reviviscenza di nuove fattispecie di reato (la punizione dei rave, il blocco stradale), aggravamento delle pene (come nel caso di occupazioni di terreni ed edifici), spesso con fattispecie indeterminate, in violazione dei principi costituzionali in materia penale (tassatività, offensività, proporzionalità, ragionevolezza); utilizzo di qualificazioni giuridiche inappropriate, ovvero sovradimensionate; deviazione dalla punizione del fatto verso un diritto penale fondato sul tipo di autore; abuso di misure di prevenzione e cautelari; utilizzo in chiave repressiva del diritto civile o amministrativo attraverso richieste di risarcimenti danni e multe; similmente, nei rapporti di lavoro, con licenziamenti, sanzioni disciplinari, vincoli al diritto di sciopero; criminalizzazione della solidarietà (dalle navi delle ONG che salvano naufraghi ai movimenti per la casa); restrizione della libertà di manifestazione del pensiero attraverso l'utilizzo della citazione per diffamazione e sanzioni disciplinari. Quanto alla libertà di espressione, le limitazioni si accompagnano alla delegittimazione attraverso qualifiche come intollerante, putiniano, antisemita, estremista, e alla creazione dell'area dell'“indicibile”, parole e concetti che non si possono dire; il tutto nel quadro dell'occupazione degli «organi dell'opinione pubblica: giornali, partiti, parlamento», per modellare «l'opinione e quindi la volontà politica nazionale (ALGOSTINO, 2024).

Os regimes totalitários, além de ser um sistema totalmente autoritário, centralizador, antidemocrático e caracterizado pelo domínio absoluto de uma pessoa ou partido sobre um Estado, também costuma impor a presença de um militarismo com grande poder de fogo e uso de práticas de torturas e ideologias. O totalitarismo

surgiu na Europa como uma reação conservadora da direita à democracia e ao liberalismo político e econômico, com uma ideia de que após a Primeira Guerra Mundial os governos deveriam ser mais eficientes e fortes. Entretanto, Stalin utilizou-se do totalitarismo para implantar o socialismo.

Não se trata, naturalmente, de remeter o estado de exceção a seus limites temporal e espacialmente definidos para reafirmar o primado de uma norma e de direitos que, em última instância, têm nele o próprio fundamento. O retorno do estado de exceção efetivo em que vivemos ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de "estado" e de "direito". Mas, se é possível tentar deter a máquina, mostrar sua ficção central, é porque, entre violência e direito, entre a vida e a norma, não existe nenhuma articulação substancial. Ao lado do movimento que busca, a todo custo, mantê-los em relação, há um contramovimento que, operando em sentido inverso no direito e na vida, tenta, a cada vez, separar o que foi artificial e violentamente ligado. No campo de tensões de nossa cultura, agem, portanto, duas forças opostas: uma que institui e que põe e outra que desativa e depõe. O estado de exceção constitui o ponto da maior tensão dessas forças e, ao mesmo tempo, aquele que, coincidindo com a regra, ameaça hoje torná-las indiscerníveis. (AGAMBEN, 2004. p. 131-132).

Giorgio Agamben é considerado um professor de renome e se destaca no pensamento mundial. Os seus ensinamentos também são aplicáveis ao Brasil e Itália, no tocante ao papel do estado, notadamente em se tratando do estado de exceção. Segundo ele não é possível o retorno ao estado de exceção de forma efetiva, tendo em vista a proposta de estado de direito. É possível a imposição do estado de exceção apenas nos moldes do que a Constituição e o próprio direito internacional nos propõem: para conter medidas e situações de forma excepcional.

Viver sob o estado de exceção significa fazer a experiência dessas duas possibilidades e entretanto, separando a cada vez as duas forças, tentar, incessantemente, interromper o funcionamento da máquina que está levando o Ocidente para a guerra civil mundial. Se é verdade que a articulação entre vida e

direito, anomia e *nomos* produzida pelo estado de exceção é eficaz, mas fictícia, não se pode, porém, extrair disso a consequência de que, além ou aquém dos dispositivos jurídicos, se abra em algum lugar um acesso imediato aquilo de que representam a fratura e, ao mesmo tempo, a impossível recomposição. Não existem, *primeiro*, a vida como dado biológico natural e a anomia como estado de natureza e, *depois*, sua implicação no direito por meio do estado de exceção. Ao contrário, a própria possibilidade de distinguir entre vida e direito, anomia e *nomos* coincide com sua articulação na máquina biopolítica. A vida pura e simples é um produto da máquina e não algo que preexiste a ela, assim como o direito não tem nenhum fundamento na natureza ou no espírito divino. Vida e direito, anomia e *nomos*, *autoritas* e *potestas* resultam da fratura de alguma coisa a que não temos outro acesso que não por meio da ficção de sua articulação e do paciente trabalho que, desmascarando tal ficção, separa o que se tinha pretendido unir. Mas o desencanto não restitui o encantado a seu estado original: segundo o princípio de que a pureza nunca está na origem, ele lhe dá somente a possibilidade de aceder a uma nova condição. (AGAMBEN, 2004. p. 132-133).

O direito internacional e a própria comunidade internacional trouxeram mudanças significativas aos Estados nacionais no intuito de atingir a autopreservação. No caso brasileiro, a constituição atual passou a dispor acerca da própria organização funcional do Estado e estabelece suas funções e criações de órgãos necessários para gerir o estado e a máquina administrativa. Há uma busca pelo fortalecimento dos poderes na perseguição do bem comum e uma preocupação voltada para o estado de bem-estar social.

O estado de exceção se tornou generalizado diante do discurso político em face do terrorismo. Essas situações de exceção nos levam ao extremismo dos movimentos ultrarradicais que preparam os homens para o domínio totalitário, conduzindo a um poder ilegítimo, com bases em leis ilegítimas. É necessário que a ética se imponha entre poder e política para que tenhamos um Estado que logre

atingir o bem comum. Segundo Frankenberg (2018, p. 170) “difícilmente Jakobs contestaria o fato de o ‘direito penal do inimigo’ ter caráter excepcional”.

O estado de exceção também é uma arma poderosa para dar início aos regimes totalitários, cujo sistema político caracteriza-se pelo controle absoluto de uma pessoa ou de um partido sobre toda uma nação. Nesses regimes totalitários a pessoa ou partido político, que se dizem representar o Estado, detém um controle absoluto sobre a vida pública e privada por meio de um governo autoritário. Isso é muito comum no militarismo, que utilizam o poder de fogo para “manter a ordem” e impor suas vontades. A exemplo do que ocorria na Alemanha, tais governos possuem um ministério da propaganda e investia em promoção ao culto do líder autoritário.

De um lado, o poder arbitrário, sem o freio das leis, exercido no interesse do governante e contra os interesses dos governados; e, de outro, o medo da ação, ou seja, o medo que o povo tem pelo governante e o medo do governante pelo povo — eis as marcas registradas da tirania no decorrer de toda a nossa tradição. Em vez de dizer que o governo totalitário não tem precedentes, poderíamos dizer que ele destruiu a própria alternativa sobre a qual se baseiam, na filosofia política, todas as definições da essência dos governos, isto é, a alternativa entre o governo legal e o ilegal, entre o poder arbitrário e o poder legítimo. Nunca se pôs em dúvida que o governo legal e o poder legítimo, de um lado, e a ilegalidade e o poder arbitrário, de outro, são aparentados e inseparáveis. No entanto, o totalitarismo nos coloca diante de uma espécie totalmente diferente do governo. É verdade que desafia todas as leis positivas, mesmo ao ponto de desafiar aquelas que ele próprio estabeleceu (como no caso da Constituição Soviética de 1936, para citar apenas o exemplo mais notório) ou que não se deu ao trabalho de abolir (como no caso da Constituição de Weimar, que o governo nazista nunca revogou). Mas não opera sem a orientação de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente àquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis. (ARENDT, 1979, p. 512-513).

Assim, as sociedades convivem com o medo simultâneo entre o povo e seu governante que, segundo Arendt quem governa teme a reação de seu povo e o povo teme a força do governante imposta por meio da figura do Estado. Isso gera uma crise que tem como pano de fundo a imposição de poderes e dominações. Na narrativa de Agamben podemos observar que ele acredita no fracasso do Estado democrático de direito e os princípios que o regem, caso haja este mesmo estado seja tomado pela excepcionalidade, desprovido de normatização limitante dos atos do agente soberano na vigência do interstício legal.

O estado de exceção é legítimo, inclusive como forma de manutenção da democracia, desde que seja como forma de reafirmação do próprio estado com vontade do povo sendo respeitada, divorciada de interesses particulares e totalitários. O que não se coaduna com o estado e com o interesse legítimo do povo é o exercício de forças reacionárias oriundas de um pequeno grupo social em detrimento dos demais, com a finalidade de manutenção do controle do estado como garantia de manutenção de privilégios, mantendo como discurso falacioso a pacificação social.

A política totalitária afirma transformar a espécie humana em portadora ativa e inquebrantável de uma lei à qual os seres humanos somente passiva e relutantemente se submeteriam. Se é verdade que os monstruosos crimes dos regimes totalitários destruíram o elo de ligação entre os países totalitários e o mundo civilizado, também é verdade que esses crimes não foram consequência de simples agressividade, crueldade, guerra e traição, mas do rompimento consciente com aquele *consensus iuris* que, segundo Cícero, constitui um "povo", e que, como lei internacional, tem constituído o mundo civilizado nos tempos modernos, na medida em que se mantém como era fundamental das relações internacionais, mesmo em tempos de guerra. Tanto o julgamento moral como a punição legal pressupõem esse consentimento básico; o criminoso só pode ser julgado com justiça porque faz parte do *consensus iuris*, e mesmo a lei revelada de Deus só pode funcionar entre os homens quando eles a ouvem e aceitam. (ARENTE, 1979, p. 514).

Em tempos de crise, os regimes totalitários ganham espaço e passam a serem visto como a solução para o enfrentamento dos problemas. O exemplo mais clássico foi o que ocorreu durante as décadas de 1920 e 1930, em que o cenário do pós-guerra (Primeira Guerra Mundial) ostentava uma sociedade amedrontada, enfraquecida, ressentida e economicamente devastada. Assim, todas essas crises aliadas às falácias que envolviam o comunismo explodiu uma crise mundial que ocasionou a Segunda Grande Guerra Mundial.

O Estado de exceção, que define os inimigos, se tornou cada vez mais comum, criando uma linha tênue entre o que é democrático e o que é absolutista, estabelecendo níveis de atuação de ordem jurídica estatal (regra geral e exceção).

Podemos então definir o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. Mas também nessa zona extrema, ou melhor, exatamente em virtude dela, os dois elementos do direito mostram sua íntima coesão. A analogia estrutural entre linguagem e direito é aqui esclarecedora. Assim como os elementos linguísticos existem na *língua* sem nenhuma denotação real, que só adquirem no discurso em ato, também no estado de exceção a norma vige sem nenhuma referência à realidade. Porém, assim como a atividade linguística concreta torna-se inteligível pela pressuposição de algo como uma língua, a norma pode referir-se à situação normal pela suspensão da aplicação no estado de exceção. De modo geral, pode-se dizer que não só a língua e o direito, mas também todas as instituições sociais, se formaram por um processo de dessemantização e suspensão da prática concreta em sua referência imediata ao real. (AGAMBEN, 2004, p. 58-59).

Carl Schmitt, jurista e filósofo alemão do começo do século XX, nos coloca a questão de como agir na constância do estado de exceção. Assim, tal questão se expande sob o círculo da indefinição ainda marcante da própria situação da excepcionalidade. Na verdade, o conceito é vago, tendo em vista que há a falta de

experimentação histórica que pudesse definir a indefinível generalidade constitucional, já que é definir como exceção o que se tornou regra. Schmitt faz uma distinção entre estado de exceção da anarquia e do caos.

Usualmente, os regimes totalitários utilizam-se da “força de lei” como ocorreu no governo de Hitler. Sobre os regimes totalitários, podemos citar os mais conhecidos que são o fascismo, o nazismo e o stalinismo, que fizeram parte, inclusive, da Segunda Guerra Mundial. “Força de lei”, tecnicamente, são os decretos oriundos do poder executivo dando poder para que aja (promulgar) em algumas situações como no caso do estado de exceção.

O sintagma "força de lei" vincula-se a uma longa tradição no direito romano e no medieval, onde (pelo menos a partir da *Dig. De legibus I, 3: legis virtus hæc est: imperare, vetare, permittere, punire*) tem o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar. Mas é apenas na época moderna, no contexto da Revolução Francesa, que ele começa a indicar o valor supremo dos atos estatais expressos pelas assembléias representativas do povo. No art. 6 da Constituição de 1791, *force de loi* designa, assim, a intangibilidade da lei, inclusive em relação ao soberano, que não pode anulá-la nem modificá-la. Nesse sentido, a doutrina moderna distingue a *eficácia* da lei, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, e *força de lei*, que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo) (Quadri, 1979, p. 10). (AGAMBEN, 2004, p. 59-60).

Não devemos nos enganar de que a lei, apesar de ser, formalmente, oriunda do Estado também pode expressar a vontade de grupos que pretendem estabelecer domínio e poder. Muitas vezes, nas sociedades, a elite e Estado se confundem, eis que sempre estabelecem um pacto como forma de manutenção desse poder. Isso ocorre, principalmente, devido ao sistema capitalista, onde Estado e elite possuem, na maioria das vezes, o mesmo interesse. O direito, por diversas vezes, é utilizado

para legitimar tais práticas. A lei é produzida mediante a expressão de ideologias, fatos e valores emanados daqueles grupos que dominam a sociedade, causando discórdia entre os diversos grupos, principalmente entre aqueles que estão em condição de dominação.

A ideia que temos que a lei é que é capaz, *de per si*, de impor ordem política, social, econômica e jurídica como forma de resguardar soberania e pacificação interna. Mas trata-se de um equívoco. A humanidade precisa sim de um estado normativo para podermos viver em grupo, tendo em vista que os homens ainda não evoluíram suficientemente para nortearem suas condutas apenas de acordo com suas consciências. Ademais, a produção da imposição de força e poder não é garantia de seu cumprimento. O cumprimento da lei torna-se muito mais necessário do que a sua produção. O que revela a triste constatação de que o mundo não se resume ao direito. Na verdade, quanto mais legítimo o Estado se mostra menos ele necessita de leis.

In un suo saggio pubblicato di recente Mario Dogliani si propone di “interrogare la Costituzione” italiana del 1948 “intorno al problema della identità nazionale” al fine di comprendere quale concezione ne avesse sotteso la genesi storica. Secondo l’illustre autore, oltre alla mera struzione di un “soggetto” coletivo, il concetto di identità esprime un portato di senso che descrive “l’insieme oggettivo degli elementi (...) che indentificano una pluralità di individui” come connazionali, ma ancora e soprattutto individua “l’identità di un soggetto individuale (...) in quanto determinata, costituita, sorretta dal sentimento di appartenenza (BILANCIA, 2008, pág. 219).

Os regimes totalitários possuem características peculiares em razão de suas diferenças e origens ideológicas. Tais regimes se caracterizam, principalmente, pelo culto ao líder, poder centralizado, censura, supressão dos partidos políticos, utilização do medo e do terror, doutrinação da ideologia do regime e, principalmente, pela criação de inimigos.

No caso brasileiro, o estado de exceção é previsto pela Constituição Federal do Brasil de 1988, que delimita as ações que poderão ser tomadas diante da necessidade de decreto de um estado de exceção. Dessa forma, as consequências de um estado de exceção descritas no artigo 136 da Constituição são: suspensão do sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas, suspensão do direito de reunião, suspensão da exigibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente, suspensão do direito de propriedade. A referida medida tem caráter extraordinário e temporal. O decreto do Estado de exceção não pode ter tempo indefinido, sob pena de colocar em risco a democracia, o que pode causar uma ditadura constitucional.

Uma das características essenciais do estado de exceção — a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário — mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo (AGAMBEN, 2004, p. 19).

É através dela que os indivíduos têm sua vida controlada e protegida ao mesmo tempo. Por meio das lições de Giorgio Agamben podemos descortinar conceitos e ideias que nos permitirão desenvolver com maior eloquência este estudo e apontarmos determinadas situações em que se verifica que o Estado de Exceção sempre foi uma ameaça ao estado democrático de direito.

A Primeira Guerra Mundial coincide, na maior parte dos países beligerantes, com um estado de exceção permanente. No dia 2 de agosto de 1914, o presidente Poincaré emitiu um decreto que colocava o país inteiro em estado de sítio e que, dois dias depois, foi transformado em lei pelo Parlamento (AGAMBEN, 2004, p. 25-26).

Destarte, para garantir a integridade da democracia em períodos de instabilidade nacional, o papel da sociedade civil mostra-se estritamente necessário, para que, em casos de supressão total dos direitos e garantias constitucionais, a sociedade civil possa realizar o controle das ações do poder dos governantes.

O campo de referência do político modifica-se continuamente de acordo com as forças e poderes que se ligam ou se separam a fim de se afirmarem. (SCHMITT, 2008, p. 9).

Sobre legalidade e legitimidade é importante, *a priori*, fazermos uma pequena distinção, eis que legalidade está relacionada ao exercício do poder e a legitimidade relaciona-se à titularidade do poder. A legalidade, muitas vezes, se limita ao legalismo que é utilizado como uma estratégia autoritária de impor uma ação por parte do Estado, sob o pretexto de fazer cumprir a lei. Existem interesses que não são demonstrados justamente por não serem legítimos, ou seja, não representar a vontade geral.

Dessa forma, um Estado deve prezar por decisões judiciais legítimas e justas, evitando, com isso, o discurso político meramente legalista, tendo em vista que muitas leis são criadas com o objetivo de satisfazer necessidade de uma minoria. No caso concreto também, muitas vezes, a aplicação da lei e a atenção ao discurso meramente legalista não atinge a finalidade que é a justiça. Mais importante do que a legalidade é a equidade, caracterizada pela justiça no caso concreto.

A crise histórica da legalidade e legitimidade do poder dialogam com o Estado de Exceção na medida em que o poder serve para instrumentalizar ideologias de quem o detém e abominar as demais que não representam suas vontades. Temos vários exemplos históricos: O poder soviético de Lênin e Stalin que se pautou no pensamento de Marx no tocante à ditadura do proletariado. Porém não foi claro quanto ao que Marx, de fato, havia escrito e defendido, para evitar que interpretação diversa fosse dada à obra do filósofo alemão. O fascismo, na Itália, se utilizou da “exaltação ao Estado” de Hegel (o que limitou de certo modo a irracionalidade daquele poder), porém, jamais mencionou o continente liberal do pensamento hegeliano. O nazismo, na Alemanha, entre outros exemplos.

Vale ressaltar que o Estado de Exceção visa, de forma temporária, a suspensão da ordem legal vigente e a imposição de uma nova. A ameaça totalitária encontra-se, basicamente na suspensão temporária da ordem e na supressão imediata aos direitos e garantias fundamentais. Quando o Estado de Exceção é instaurado o governante passa a ser a figura principal no regime, bem como cria normas e regras, inclusive sobre o período de permanência e sua prorrogação acerca da situação de exceção. Ocorre que o discurso acerca da imposição do estado de exceção sempre gravita em torno da ordem pública e da segurança nacional.

Com efeito, a justa medida do direito deve ser encontrada no ordenamento jurídico pátrio ou mesmo em normas internacionais, tendo em vista que todo o sistema normativo é composto por normas, princípios, valores, fatos sociais que constituem e integram a definição de um direito, tendo a Constituição como a lei maior de cada país. Por essa razão não há como ser considerado justo e legítimo o apego, de forma isolada, à letra da lei. Muitos tiranos o fazem e alegam que estão cumprindo a lei.

Assim, o critério elementar do político é a distinção dos conceitos amigo-inimigo como condição necessária e suficiente para qualquer relação se tornar política e participar das diferenciações que se articulam a partir de uma situação extrema de enfrentamento. Na reflexão de Schmitt o político é a dimensão da vida humana ligada à vida conflituosa, que faz parte da história, como marca indissociável da trajetória humana. Sempre que há convivência em grupos sociais, haverá conflito. Sendo assim, as relações são marcadas pelo conflito, antagonismos e animosidades, surgindo, com isso, espaço para a disseminação do ódio provenientes da inimizade, estabelecendo a relação amigo e inimigo, inclusive na estrutura estatal.

Os conceitos de amigo e inimigo devem ter tomados em seu sentido concreto e existencial, e não como metáforas ou símbolos, não misturados ou enfraquecidos por noções econômicas, morais e outras, e menos ainda em um sentido privado-individualista e psicologicamente como expressão de sentimentos e

tendências privadas. Não constituem antíteses normativas nem “puramente espirituais”. (SCHMITT, 2008, p. 29).

A ideia de inimigo, que a *priori*, era monopólio estatal como ocorre com as guerras em campos de batalhas, atualmente transformou-se também em guerras travadas no campo privado, principalmente com a globalização da internet. Essa difusão da internet, bem como esses conflitos em espaços privados tendem a piorar. O discurso político, as ideologias, entre outras situações fomentam ainda mais o ódio e a imprevisibilidade.

Toda contraposição religiosa, moral, econômica, étnica ou de outra categoria transforma-se em uma contraposição política quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente em amigos e inimigos. O político não reside no combate em si, o qual possui suas próprias leis técnicas, psicológicas e militares, e sim, como já dito, em um comportamento determinado por essa possibilidade real, na clara compreensão da própria situação assim determinada e na incumbência de distinguir entre amigo e inimigo. Uma comunidade religiosa que, como tal, lidera guerras, seja contra os membros de outras comunidades religiosas, seja como outro tipo de guerra, constitui uma unidade política para além da comunidade religiosa. Ela é, então, também uma grande natureza política quando, apenas em sentido negativo, detém a possibilidade de influência sobre aquele processo decisivo, quando ela está em condições de evitar guerras através de uma proibição endereçada a seus membros, i. e., de negar normativamente a qualidade de inimigo de um adversário. O mesmo é válido para uma associação de pessoas com base em fundamento econômico, p. ex., para um grupo industrial ou para um sindicato. Mesmo uma classe no sentido marxista do termo cessa de ser algo puramente econômico e se torna uma grandeza política quando chega nesse ponto decisivo, ou seja, quando leva a sério a luta de classe, tratando o adversário como inimigo real e combatendo, seja como Estado contra Estado, seja na guerra civil dentro de um Estado. (SCHMITT, 2008, p. 39-40).

Politicamente, a ideia de inimigo plantada no seio da sociedade alemã girou em torno do antissemitismo dando origem a política que inflexivelmente visou a perseguir e exterminar judeus. A crueldade que se espalhou pelo mundo em face daquele povo sem lar e sem raízes aliou-se ao discurso de perseguição somando-se a isso a exaltação do povo alemão, ganhando simpatizantes pelo mundo guiado por um homem de inteligência mediana que levou o seu plano às últimas consequências, deixando um saldo triste na história de aproximadamente 6 (seis) milhões de judeus mortos.

Embora tenha influenciado todo o constitucionalismo contemporâneo, para muitos Schmitt é considerado um teórico do nazismo fato que teria manchado a trajetória de um grande gênio. Para Schmitt, a constituição não é norma jurídica, mas uma decisão política fundamental. Dessa forma, a Constituição resulta da decisão voluntária de um determinado povo que por meio de seus representantes elegeram as normas jurídicas que iriam ordenar a sociabilidade desse povo. Ou seja, essas normas sociais tratariam de obrigá-los nas suas relações sociais.

Conclusão

O Estado democrático de direito é traduzido pela proteção aos seus governados, imperando princípios como a dignidade da pessoa humana, em que as pessoas não são obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Lado outro, o Estado pode ser grande aniquilador e supressor de direitos e se tornar um grande e perverso instrumento contra a pessoa humana. É dentro desse contexto que repousa a complexa e paradoxal força e poder estatal. O Estado é um organismo legalmente e legitimamente constituído, desde os primórdios da humanidade.

A humanidade não é um conceito político, está ligado ao Direito Natural, ao Direito ideal, nascemos com ela, portanto. Sendo assim, podemos extrair que não podemos negociar, tampouco podemos dispor ou mudar o sentido da palavra de acordo com a conveniência do discurso político e governamental. Grupos inimigos

não comportam estado de humanidades. A dignidade da pessoa humana é um desdobramento do conceito de humanidade.

Diante da suspensão dos direitos e garantias fundamentais e individuais, a consequência mais recorrente na história são prisões arbitrárias e torturas, tratamentos desumanos e degradantes. Ademais, diante da exceção sempre há a imposição da vontade de grupos (étnicos, religiosos, políticos etc.). Esses grupos, geralmente, têm interesses na manutenção da ordem excepcional para continuar praticando crueldade e impondo suas vontades. Geralmente são grupos que se identificam com o governante.

Sendo assim, para evitar o totalitarismo é necessário que o estado de exceção seja imposto somente em *ultima ratio* e de forma mais temporária possível. Os estados devem obediência à Constituição Federal, tendo em vista que ela limita o poder e dita regras mormente de direitos fundamentais, de sorte a atingir o bem comum por meio do estado democrático de direito e soberania popular. Nunca é demais frisar que o titular do poder é o próprio povo, que elege seus representantes para representá-lo. Ressalta-se que a Constituição é produto da realidade cultural de um povo e ao ser materializada pelos nossos representantes o que teremos é a vontade expressa numa Carta do povo.

O estado de exceção deslegitima essa característica democrática do Estado prevalecendo a vontade e, muitas vezes, a vaidade e interesses de poucos grupos. O estado democrático de direito se alimenta de soberania e poder legítimo pertencente ao povo. É dessa ideia que surge todos os desmembramentos da construção de um estado ideal em que todas as pessoas estejam incluídas e protegidas.

Importante dizer que na atividade jurisdicional, por exemplo, o julgador não deve ignorar a lei, tampouco os limites que ela impõe sob o pretexto de decidir conforme suas razões pessoais do que venha a ser justo ou injusto. O discurso legalista impõe um raciocínio fragmentado, considerando as normas de forma isolada. O ordenamento jurídico é composto de todas as normas e deve ser analisado de

forma sistemática, por isso que, ao interpretar uma lei, deve-se ater ao ordenamento jurídico como um todo, obedecendo a vontade geral.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção: Homo Sacer II, I. Tradução de Iraci D. Poleti. 2ª edição. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALGOSTINO, Alessandra. *Democrazia e autoritarismi. Parole di Giustizia*, 2024.

ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. 3ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2016.

ARENDT, Hanna. Eichman em Jerusalém. São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo, 1979.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

BENJAMIM, Walter. Escritos sobre mito e linguagem: Para uma crítica da violência. Rio de Janeiro: Duas Cidades 34, 2013.

BILANCIA, Francesco; SCIULLO, Franco M. Di; RIMOLI, Francesco. Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanza. Roma/Itália. Carocci editore, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Introdução. In A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DERRIDA, Jacques. Força de Lei. 3ª ed. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

ELIAS, Norbert. Formação do Estado e Civilização em O Processo civilizador. Vol. II. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANKENBERG, Günter. Técnicas de Estado: Perspectivas sobre o estado de direito e o estado de exceção. 1ª ed. São Paulo: Unesp, 2018.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Organização, introdução e Revisão Técnica de Roberto Machado. Le Livros, não paginado.

GRECO, Rogério. Atividade Policial-Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 6ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JAKOBS, Günther, Meliá. Manoel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções práticas e críticas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAILLO, Alfonso Serrano, PRADO, Luiz Regis. Curso de Criminologia. 3ª edição. Revista dos Tribunais, 2016.

MARTIN, Luis Garcia. O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito Penal do Inimigo: a terceira velocidade do direito penal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

POCOCK, J.G.A. Linguagens do Ideário Político. Tradução de Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade, 2003.

QUIROS, Diego Zysman. Sociología del castigo-Genealogía de la determinación de la pena. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013.

RAFECAS, Daniel Eduardo. La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos. Buenos Aires: Editora del Puerto, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. São Paulo: Martin Claret, Martins Fonte, 1999.

ROSA, Alexandre Morais. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. Florianópolis: editora Empório do Direito, 2017.

SCHMITT, Carl. O conceito do político: Teoria do Partisan. Tradução de Alexandre Franco de Sá. Rio de Janeiro: Editora Del Rey, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. HERMENEUTICA Compreender Direito. 1a ed. São Paulo: Tirante lo blanch, 2019.

STRECK, LENIO LUIZ. Precisamos falar sobre direito e moral. Os problemas da interpretação e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Tirante lo blanch, 2018.

TEDESCO, Ignacio F. El acusado en el ritual judicial. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. En Busca de Las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico penal. 5ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no Direito Penal. 2ª ed. Junho de 2007. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. El enemigo en el derecho penal. 3ª edição. Ediar, 2009.

ZIZEK, Slavoj. Bem-vindo ao deserto do real: Coleção Estado de Sítio. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. Boitempo Editorial, 2003.

O ACESSO À JUSTIÇA: ENTRE A EXPRESSÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

Access to Justice: Between the Economic Expression of Social Fundamental Rights and Free Legal Assistance

Ana Maria Maximiliano¹

Universidade Federal de Santa Catarina

DOI: <https://doi.org/10.62140/AMM3172025>

Sumário: 1. Introdução: o acesso à justiça e a concessão da assistência judiciária gratuita na justiça do trabalho; 2. O acesso à justiça: a assistência judiciária gratuita como direito humano e direito fundamental; 3. A expressão econômica dos direitos fundamentais e a relação com o acesso à justiça; 4. Conclusão; Referências.

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR-88), no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV, garante o acesso à justiça e o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (AJG), por serem imprescindíveis para a efetivação dos direitos humanos, os direitos fundamentais, e fortalecerem o acesso à justiça. Especialmente na justiça do trabalho, a AJG assume um papel relevante ao assegurar ao trabalhador a busca por seus direitos pela reivindicação da tutela jurisdicional. Até o ano de 2017, a concessão da AJG na justiça do trabalho ocorria por meio da isenção de custas e da não condenação em honorários advocatícios de sucumbência, mediante o simples pedido de sua concessão. No processo da denominada reforma trabalhista,

¹ Realiza estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrado e graduação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Procuradora do Município de Curitiba. E-mail: anamaximil@yahoo.com.br. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1900-164X>.

no ano de 2017, foram impostas normas severas para a concessão da AJG. Em resposta a isso, o Poder Judiciário do Brasil eliminou algumas restrições definidas por lei em relação à AJG, contudo, subsistiu a condição de que o beneficiário não pode receber mais do que 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Esta pesquisa tem como objetivo geral compreender se, diante da barreira de contenção objetiva de expressão econômica para a concessão da AJG na justiça do trabalho, configura-se como uma restrição de acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; direito humano; Assistência judiciária gratuita; restrição econômica.

Abstract: Article 5th, XXXV and LXXIV of the 1988 Federal Republic of Brazil's Constitution guarantees access to justice and the benefit of Free Legal Assistance (FLA) as they are essential for the realization of human and fundamental rights and strengthen access to justice. Especially in labor justice, FLA plays a relevant role by ensuring that workers can seek their rights through judicial protection. Until 2017, the exemption from costs and the non-imposition of attorney's fees for the losing party was granted upon simple request. However, harsher rules for granting FLA were imposed by the so-called labor reform in 2017. As a response, the Brazilian Judiciary removed some legal restrictions on the granting of FLA, but the condition that party could not earn more than 40% of the maximum benefit from the General Social Security System remained. The general goal of this research is to understand whether the objective control barrier of economic expression for the granting of FLA in labor justice imposes a restriction on access to justice.

Key-words: Access to justice; human rights; free legal assistance; economic restriction.

1. Introdução: O Acesso à Justiça e a Concessão da Assistência Judiciária Gratuita na Justiça do Trabalho

O acesso à justiça e o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (AJG) são direitos protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR-

88), no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV², e são imprescindíveis para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. O beneficiário da justiça gratuita isenta-se de pagar as despesas vinculadas ao processo, o que facilita o acesso à justiça.

No âmbito da justiça do trabalho, o acesso à justiça assegura ao trabalhador a busca por seus direitos pela reivindicação da tutela jurisdicional, quais sejam, direitos fundamentais sociais, nomeadamente os inscritos no artigo 7º da CR-88³ e os deles decorrentes. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 790, parágrafo 3º⁴, determinava que o benefício da justiça gratuita seria deferido àqueles que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo ou declarassem que não tinham condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de seus familiares. Assim, seu deferimento decorria da apresentação de declaração de hipossuficiência, sem a aplicação exclusivamente de um critério objetivo.

Nesse contexto, com a Reforma Trabalhista, que ocorreu por meio da Lei federal n. 13.467/2017, foi alterado o parágrafo 3º do artigo 790 da CLT⁵, facultando-se aos juízes a concessão da justiça gratuita àqueles que percebam salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) – que representou até o ano de 2024 o valor de

² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...]”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

³ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁴ “Art. 790. [...] §3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁵ “Art. 790. [...] §3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”. **Redação atual.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

R\$ 3.114,40.⁶ A Reforma ainda incluiu o parágrafo 4º⁷ no artigo 790, exigindo a comprovação da insuficiência de recursos. É perceptível que o requisito para a concessão do benefício da AJG foi alterado, impondo obstáculos passíveis de impedir o acesso à justiça, quais sejam, a vinculação do valor de referência aos benefícios do RGPS e a comprovação da hipossuficiência.

Fundamentado nisso, o Poder Judiciário brasileiro afastou algumas restrições à concessão da AJG fixadas pela lei da Reforma Trabalhista, como a tese firmada no Tema 21 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), mas subsistiu a regra para a concessão da AJG de recebimento de, no máximo, 40% do teto de benefícios do RGPS, prevista no parágrafo 4º do artigo 790 da CLT.

No entanto, a análise do acesso à justiça por meio da concessão da AJG deve ocorrer, juntamente com a questão legislativa – tanto da Lei da Reforma Trabalhista quanto da Lei da Previdência Social, considerando também se a Lei da Reforma atua como barreira de contenção objetiva para a concessão da AJG. Isso porque entende que a limitação legal na expressão econômica de 40% do teto de benefícios do RGPS não reflete a expressão econômica da proteção dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, esta pesquisa tem como objetivo geral compreender se, diante da barreira de contenção objetiva de expressão econômica para a concessão da AJG na justiça do trabalho, em cotejo com o valor nominal fixado para que os direitos fundamentais sociais sejam garantidos, configura-se uma restrição de acesso à justiça. Este, na especificidade da concessão da AJG, especialmente para o trabalhador, deve guardar relação de proximidade com o valor considerado para que os trabalhadores façam frente à consecução dos direitos sociais expressos no artigo 6º da CR-88.

⁶ O teto do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o valor máximo sobre o qual incide a contribuição previdenciária. No ano de 2024, o teto dos benefícios da Previdência Social foi de R\$ 7.786,01. Disponível em:

<https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/confira-as-aliquotas-de-contribuicao-ao-inss-com-o-aumento-do-salario-minimo>. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁷ “Art. 790. §4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

Para tanto, é necessário (i) identificar o direito de acesso à justiça como direito humano e fundamental; (ii) caracterizar a AJG como corolário do direito de acesso à justiça partindo do rol dos direitos fundamentais; (iii) identificar, por meio de pesquisa empírica secundária, a expressão econômica dos direitos fundamentais sociais.

A abordagem proposta, com característica interdisciplinar, ao tratar do direito fundamental social em conjunto com análises empíricas da economia do trabalho, objetiva uma projeção para o tratamento da barreira de contenção objetiva para o acesso à justiça, na especificidade da concessão da AJG. Adota-se para esta pesquisa o método hipotético-dedutivo, mediante o emprego da técnica de pesquisa de revisão bibliográfica, sob uma perspectiva interdisciplinar, especialmente a produção teórica expressa em livros e artigos sobre o objeto da pesquisa.

2. O Acesso à Justiça: A Assistência Judiciária Gratuita (AJG) como Direito Humano e Direito Fundamental

O conceito de Direitos Humanos, cronologicamente, teve início com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reconhecido pelo caráter universal pela Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, seguida pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça no mesmo ano. Os Direitos Humanos foram, em sequência, institucionalizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948 e reiterados pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.⁸ A partir da DUDH (1948), iniciou-se o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos com a adoção de vários instrumentos internacionais de proteção.⁹

⁸ DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista TST**, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013. p. 208.

⁹ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. *In*: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 171.

O conceito de DH para alguns autores remete a uma pluralidade de significados¹⁰ e, em sentido inverso, para outros, a expressão tem apenas um significado e parte da noção “[...] de que Direitos Humanos são um conjunto de direitos básicos mínimos, indispensáveis, de todos os seres humanos”¹¹. A sua concepção atual foi introduzida pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948, criando o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹²

A DUDH é a materialização da consciência histórica que a pessoa humana tem dos valores fundamentais na segunda metade do século XX.¹³ Nesse contexto, a sua concepção é decorrente do movimento de internacionalização dos direitos humanos como resposta às atrocidades cometidas na época do nazismo (período em que houve a ruptura do paradigma dos direitos humanos). A reconstrução dos direitos humanos visa constituir o referencial ético para a ordem internacional, pois essa revela tema de legítimo interesse internacional. Assim, rompeu-se a prática de que a maneira como os Estados tratavam seus nacionais era problema de ordem interna, em razão da soberania.¹⁴

São princípios estruturais dos direitos humanos: a irrevocabilidade e a complementariedade solidária. O primeiro se refere a que a consciência coletiva, com o passar do tempo, se amplia e se aprofunda, de modo que são intensificadas as

¹⁰ Há uma variedade de termos empregados para designar direitos humanos, tais como: direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, direitos da pessoa humana, direitos fundamentais. PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 33.

¹¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015. p. 20. Para o autor, somente a partir da significação única é possível o fortalecimento dos Direitos Humanos.

¹² Anteriormente à DUDH, houve as primeiras declarações estadunidenses: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, esta última consolidando a limitação do poder estatal e a democracia moderna. Para Carlos Henrique Bezerra Leite, essas Declarações tinham conteúdo individualista e patrimonialista e em um contexto de escravidão, contradizendo os direitos de liberdade e igualdade que proclamavam. Foi com a constitucionalização dos direitos sociais, por meio das Constituições do México (1917), da Rússia (1918) e da Alemanha (1919), que se marcou a reorganização do Estado em função da sociedade e não mais do homem, com a passagem do Estado Liberal (séculos XVIII e XIX) para o Estado Social (século XX). LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 2-10.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 53.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 170.

exigências de condições sociais, objetivando a realização das virtualidades dos seres humanos, o que gera a formulação de novos direitos humanos.¹⁵ Disso decorre a característica de irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, seja pela via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais, de modo que sequer há a possibilidade de se pôr fim à vigência de tratado internacional de direitos humanos, o que seria possível somente em caso de direito disponível.¹⁶ Valerio de Oliveira Mazzuoli se reporta ao princípio internacional da vedação do retrocesso ou princípio da “proibição de regresso” como característica dos direitos humanos.¹⁷

O princípio da complementariedade solidária – segundo dos princípios estruturais dos direitos humanos –, proclamado pela Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, afirma que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”¹⁸. Ou seja, isso porque a essência do ser humano é uma só, apesar das diferenças individuais e culturais entre outras existentes “[...] merecem igual respeito e proteção, a todo tempo e em todas as partes do mundo em que se encontrem”¹⁹. Essas características dos Direitos Humanos, sempre com o foco na internacionalização, expressam a extensão universal, cujo único requisito é a condição de pessoa.

O processo de universalização dos DH conduz à formação de um sistema internacional de proteção desses direitos, integrado por tratados internacionais de

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78-79.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79. Para o autor, a exigência de aprovação parlamentar para vigência e denúncia de tratado, e que consta na maioria das Constituições vigentes, atende somente ao princípio da paridade aos atos de constituição e extinção de uma relação jurídica, convencional ou não, e que verse sobre direitos disponíveis.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 886.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80. A íntegra do princípio da complementariedade a que o autor se refere é: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, independentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80.

proteção, e a adesão dos Estados a esses instrumentos demonstra a consciência ética contemporânea – como o caso do PIDESC.

Antes de aprofundar essa temática, é importante esclarecer que, apesar do entendimento atual da natureza obrigatória dos direitos constantes na DUDH, na época (1948) não havia essa convergência de entendimentos²⁰, o que gerava resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.²¹ Essa divergência originou o processo de “juridicização” por meio da criação de dois Pactos Internacionais (Tratado Internacional), que tornaram esses direitos obrigatórios e vinculantes no âmbito do Direito Internacional.²² A elaboração de dois Pactos já demonstra a resistência dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.²³

O processo foi concluído com os dois Pactos Internacionais aprovados pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966²⁴, que incorporaram os direitos constantes da DUDH: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).²⁵ A Declaração e os Pactos resultaram na Carta Internacional dos Direitos Humanos, também denominada *International Bill of Rights*. Ademais, a DUDH, no artigo 8º, dispõe que “toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as

²⁰ Havia cizânia quanto à natureza jurídica da DUDH: para os juspositivistas, era mera recomendação; para os jusnaturalistas, um genuíno tratado reconhecendo os direitos naturais, com plena eficácia jurídica. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 20.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62. Para o autor, a DUDH é uma recomendação, mas não está destituída de força vinculante, pois atualmente se reconhece que a vigência dos direitos humanos independe de estar contemplada nas constituições, leis e tratados internacionais, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana, exercida em face de todos os poderes estabelecidos.

²² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

²³ PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 174.

²⁴ Os Pactos Internacionais de 1966 são anteriores à terceira etapa histórica de reconhecimento dos direitos humanos, os denominados direitos da humanidade, como o direito de acesso aos recursos do fundo marinho e os direitos à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural de todos os seres humanos. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 297.

²⁵ Incorporado ao direito interno através do Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992. BRASIL. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 fev. 2025.

jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei”.

Sob a perspectiva de direito fundamental, o acesso à justiça igualmente tem essa natureza jurídica – de direito fundamental, pois catalogado no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, expressos no Título II, da CF-88, cujo artigo 5º, XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E a AJG, entendida como decorrente do direito de acesso à justiça, está prevista no inciso LXXIV que dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Nesse contexto, parte-se para a identificação se no Brasil há a restrição do direito de acesso à justiça em razão de imposição de valor à concessão da AJG vinculado ao teto dos benefícios da previdência social.

3. A Expressão Econômica dos Direitos Fundamentais e a Relação com o Acesso à Justiça

A Reforma Trabalhista, implementada pela Lei federal n. 13.467/2017, conforme mencionado anteriormente, deu aos juízes a opção de conceder a justiça gratuita àqueles que percebam salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do RGPS – que representou até o ano de 2024 o valor de R\$ 3.114,40.

Como consequência disso, o Poder Judiciário do Brasil eliminou algumas restrições à concessão da AJG fixadas pela lei da Reforma Trabalhista, como a tese firmada no Tema 21 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Contudo, subsistiu a regra para a concessão da AJG de recebimento de no máximo 40% do teto de benefícios do RGPS, prevista no parágrafo 4º do artigo 790 da CLT. A tese do Tema 21²⁶ expressa que:

- (i) independentemente de pedido da parte, o magistrado trabalhista tem o poder-dever de conceder o benefício

²⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST define tese vinculante sobre concessão da justiça gratuita**. Disponível em: <https://tst.jus.br/-/tst-define-tese-vinculante-sobre-concess%C3%A3o-da-justi%C3%A7a-gratuita>. Acesso em: 3 fev. 2025.

da justiça gratuita aos litigantes que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme evidenciado nos autos;

(ii) o pedido de gratuidade de justiça, formulado por aquele que perceber salário superior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, pode ser instruído por documento particular firmado pelo interessado, nos termos da Lei n. 7.115/83, sob as penas do art. 299 do Código Penal;

(iii) havendo impugnação à pretensão pela parte contrária, acompanhada de prova, o juiz abrirá vista ao requerente do pedido de gratuidade de justiça, decidindo, após, o incidente (art. 99, § 2º, do CPC).

Desse modo, a concessão da AJG à parte que perceber valor superior ao indicado e requeira a concessão ficará sujeita à abertura de um procedimento de contraditório para aferir a veracidade das suas alegações. Por essa razão, entende-se que o acesso à justiça por meio da concessão da AJG, juntamente com a questão legislativa – tanto da Lei da Reforma Trabalhista quanto da Lei da Previdência Social, atua como barreira de contenção objetiva para a concessão da AJG. Isso porque entende que a limitação legal na expressão econômica de 40% do teto de benefícios do RGPS não reflete a expressão econômica da proteção dos direitos fundamentais sociais.

Além da limitação de acesso à justiça do trabalho, notadamente por parte do trabalhador, é importante comparar o montante entre o valor limitador para a concessão da AJG e o valor para o acesso aos direitos fundamentais sociais, notadamente os expressos no *caput*, do artigo 6º, o qual estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

desamparados, na forma desta Constituição”²⁷. Alcançar referidos direitos depende de recursos financeiros e, como tal, há limitações.

Considerando o direito de acesso à justiça, na especificidade da AJG, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) divulgou um estudo que constatou que 92% dos reclamantes na justiça do trabalho são pessoas físicas, sendo a maioria de baixa renda.²⁸ Nesse contexto, observa-se a atual pertinência da afirmação de Cappelletti e Garth²⁹ de que um dos obstáculos do acesso à justiça é o econômico, uma vez que aqueles que possuem maiores recursos financeiros têm vantagens ao propor ou defender-se em demandas.

Sobre a importância da mitigação da barreira econômica, segue manifestação de Mauro Cappelletti:³⁰

Não se vê como possa ser considerada verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre fique privada das informações e da representação que são condições da respectiva participação. Um processo em que a parte fique na impossibilidade de participar efetivamente é um atentado contra aquilo que de mais essencial existe no processo jurisdicional.

Dessa maneira, é necessária a promoção de acesso à Justiça à classe menos favorecida da sociedade, sob pena de violação desse direito fundamental e consequentemente dos demais direitos, embora a CR-88, no artigo 5º, inciso LXXIV, expresse como direito e garantia fundamental de qualquer cidadão a assistência judiciária integral e gratuita pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recurso. Nesse aspecto, a CR-88 inova com a consagração da Defensoria Pública

²⁷ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

²⁸ LOBO, Carolina. Índice de Acesso à Justiça traça panorama do alcance dos serviços judiciários no Brasil. 22 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/indice-de-acesso-a-justica-traca-panorama-do-alcance-dos-servicos-judiciarios-no-brasil/>. Acesso em: 12 fev. 2025.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Frabris Editor: Porto Alegre, 1988. p. 18.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, v. 17, n. 65, p. 127-143, jan.-mar. 1992. p. 131.

como órgão indispensável ao exercício da função jurisdicional, com atribuição de patrocinar os interesses dos hipossuficientes e garantir a eles assistência jurídica integral e de modo gratuito, conforme artigo 134 da CR-88.

No entanto, no Brasil, a assistência judiciária, nos termos propostos por Cappelletti e Garth, não abrange a Justiça do Trabalho. Dessa maneira, os trabalhadores hipossuficientes trabalhistas necessitam de advogados particulares que, via de regra, atuam utilizando-se de cláusula de honorários *quota litis*, tornando-se coproprietários dos créditos trabalhistas.³¹

A expressão financeira para o acesso aos direitos sociais, conforme as pesquisas divulgadas pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), indica que o valor para uma família fazer frente aos direitos fundamentais sociais, com quatro pessoas, é de R\$ 7.156,15³². Com base nessa informação, observa-se a ausência de coerência entre a legislação que fixa o limite para a concessão de AJG – direito fundamental, em valor inferior ao valor para a efetivação dos direitos fundamentais sociais expressos no caput do artigo 6º da CR-88.

Como consequência dessa incongruência entre o valor para a concessão da AJG e o valor para a consecução dos direitos sociais fundamentais, houve a diminuição do número de casos novos recebidos na JT em primeiro grau, sendo:³³ (i) em 2015 – 2.615.299 casos novos; (ii) 2016 – 2.723.074 casos novos; (iii) 2017 – 2.630.844 casos novos; (iv) 2018 – 1.730.703 casos novos, 34,2% a menos do que no ano de 2017; (v) 2019 – 1.823.754 casos novos; (vi) 2020 – 1.460.702 casos novos; (vii) 2021 - 1.539.127 casos novos, com aumento de 0,1% em relação ao ano anterior;

³¹ SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: MIESSA, Elisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1085.

³² Valor referente ao mês de janeiro/2025. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos**. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 23 fev. 2025.

³³ Desde 1946, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) publica anualmente o Relatório Geral da Justiça do Trabalho, que reúne informações e indicadores estatísticos referentes à atuação dessa Justiça Especializada, com o escopo de dar conhecimento à sociedade. Para as informações acerca dos números dos casos novos no primeiro grau na JT citados nesta pesquisa, confira: <https://tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>. Acesso em: 10 fev. 2025.

(viii) 2022 – 1.636.707 casos novos; (ix) 2023 – 1.841.635 casos novos³⁴; para o ano de 2024 as estatísticas serão divulgadas no primeiro semestre do ano de 2025.

Após dois anos consecutivos de redução no quantitativo de casos recebidos, fato possivelmente explicado pelo período da pandemia de Covid-19, os anos de 2022 e 2023 mostraram-se de retomada da busca por justiça social por parte dos jurisdicionados. Em 2023, houve um incremento de 11,3% nos processos recebidos em relação ao ano anterior. Nas Varas do Trabalho, esse aumento foi de 12,6%, nos Tribunais Regionais do Trabalho, de 12,4%, e no Tribunal Superior do Trabalho, de 4,2%.³⁵

Dessa maneira, pode-se observar a queda significativa no número de reclamações trabalhistas ajuizadas após a alteração da legislação para a concessão da AJG na justiça do trabalho, o que se entende ter como um dos principais fundamentos a barreira econômica imposta pela legislação trabalhista.

4. Conclusão

O surgimento dos direitos sociais representa uma mudança a respeito da concepção que se tinha dos direitos fundamentais e também uma modificação sobre a compreensão do papel do Estado em matéria de direitos fundamentais. De direitos de defesa, os direitos fundamentais passam a ser vistos como direitos de participação democrática e também direitos a prestações por parte do Estado, o que requer uma organização estatal.

Especificamente com relação ao acesso à justiça, não é suficiente que esteja previsto normativamente, é necessário que o Estado disponha de mecanismos para tornar efetivo este direito. Nesse contexto, a vigência da reforma trabalhista brasileira

³⁴ Os assuntos mais recorrentes foram horas extras, multa de 40% do FGTS, adicional de insalubridade, multa do art. 477 da CLT e verbas rescisórias, evidenciando que a maior parte dos casos trazidos à Justiça do Trabalho cuida do inadimplemento de direitos básicos. Disponível em: <https://tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral#:~:text=Ademais%2C%20verifi%20cou%2Dse%20que,3.102.405%20consustanciavam%20Caso%20Novos>. Acesso em: 10 jan. 2025.

³⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório geral da Justiça do Trabalho 2023**. Disponível em: <https://tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral#:~:text=O%20Relat%C3%B3rio%20Geral%20da%20Justi%C3%A7a,Trabalho%20em%20suas%20tr%20C3%AAs%20Inst%C3%A2ncias>. Acesso em: 23 fev. 2025. p. 5.

trouxe o elemento econômico que dificulta o acesso à justiça por meio da concessão da AJG. Isso porque a capacidade econômica do trabalhador se configura em mais uma dificuldade para a procura pela prestação jurisdicional.

Os obstáculos colocados pela Lei n. 13.467/17 parecem ser o motivo da queda no número de ações trabalhistas, as quais ficaram próximas de 20%, segundo fonte do próprio Conselho Nacional de Justiça, de forma que merece ser investigado um melhor critério para a concessão da AJG para tornar efetivo o direito de acesso à justiça.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 fev. 2025.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de processo**, v. 17, n. 65, p. 127-143, jan.-mar. 1992.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antonio Frabris Editor: Porto Alegre, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. **Revista TST**, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013.

INSS. **Confira as alíquotas de contribuição ao INSS com o aumento do salário mínimo.** Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/confira-as-aliquotas-de-contribuicao-ao-inss-com-o-aumento-do-salario-minimo>. Acesso em: 2 fev. 2025.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOBO, Carolina. Índice de Acesso à Justiça traça panorama do alcance dos serviços judiciários no Brasil. 22 fev. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/indice-de-acesso-a-justica-traca-panorama-do-alcance-dos-servicos-judiciarios-no-brasil/>.

Acesso em: 12 fev. 2025.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho decente e a proteção internacional dos direitos sociais. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da. **Como aplicar a CLT à luz da Constituição**: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: MIESSA, Elisson (Org.). **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório geral da Justiça do Trabalho 2023**. Disponível em: <https://tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral#:~:text=Ademais%2C%20verifi%20cou%2Dse%20que,3.102.405%20consubstanciavam%20Casos%20Novos>. Acesso em: 10 jan. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório geral**. Disponível em: <https://tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>. Acesso em: 10 fev. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST define tese vinculante sobre concessão da justiça gratuita**. Disponível em: <https://tst.jus.br/-/tst-define-tese-vinculante-sobre-concess%C3%A3o-da-justi%C3%A7a-gratuita>. Acesso em: 3 fev. 2025.

**DESASTRES AMBIENTAIS OCASIONADOS PELO ROMPIMENTO OU
GALGAMENTO DE BARRAGENS: COMO A FALTA DE
FISCALIZAÇÃO E DE RIGIDEZ DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PODE
OCASIONAR A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE
PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

*Environmental Disasters Caused by the Rupture or Overtopping of Dams: How the Lack of
Inspection And Rigidity of Public Policies Can Cause the Violation of the Fundamental Right to
Preserve the Environment.*

Ana Paula dos Santos Sousa¹

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Gabriela dos Santos Grossi²

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Kênia Cristina Pontes Maia³

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

DOI: <https://doi.org/10.62140/ASGSKM3322025>

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Endereço eletrônico: anapaula.ssousa30@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0108-9887>.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Endereço eletrônico: gabrieladsantos.grossi@hotmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9062-7841>.

³ Doutora em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Professora Associada ao Departamento de Direito, Humanidades e Letras do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR). Endereço eletrônico: prof.keniamaia@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3163-3152>.

Sumário: 1. Introdução; 2. A preservação do meio ambiente como um direito fundamental; 3. Os desastres ambientais ocasionados por barragens; 4. A Política Nacional de Segurança de Barragens; 5. A responsabilidade ambiental na prática: os principais desastres ambientais ocorridos no Brasil; 5.1 Desastre de Mariana: O rompimento da barragem de Fundão; 5.2 A tragédia de Brumadinho: o rompimento da barragem de Córrego do Feijão; 5.3. O parcial rompimento da barragem 14 de julho e as enchentes que acometeram o estado do Rio Grande do Sul; 6. Refugiados Ambientais; 7. Conclusão.

Resumo: A Constituição Federal de 1988 originariamente garantiu a preservação ambiental como direito fundamental e dever de todos. Dessa forma, com a globalização e o aumento dos riscos ambientais, medidas preventivas são essenciais para garanti-lo e evitar os desastres ambientais. A ausência ou insuficiência dessas ações pode resultar em impactos irreparáveis, incluindo o deslocamento de comunidades inteiras e a degradação de ecossistemas. Esta pesquisa analisa especificamente os desastres causados pelo rompimento ou galgamento de barragens, construções que exigem monitoramento e fiscalização constantes. Essa fragilidade, somada às mudanças climáticas, contribui para a recorrência desses desastres no Brasil, evidenciando falhas na aplicação das normas ambientais. Apesar da legislação específica, verifica-se a insuficiência na fiscalização e na responsabilização ambiental dos empreendedores. Casos como Brumadinho, Mariana e Rio Grande do Sul demonstram que os danos ambientais e sociais poderiam ter sido reduzidos ou evitados com fiscalização mais efetiva. A falta de aplicação eficiente das normas reforça a necessidade de aprimoramento das políticas públicas para evitar novos rompimentos e mitigar impactos ambientais e sociais. Portanto, é imprescindível fortalecer as políticas ambientais, garantindo maior segurança às barragens e proteção ao meio ambiente. Apenas com fiscalização eficiente e aplicação rigorosa das normas será possível reduzir riscos, evitar tragédias e assegurar um futuro sustentável para as próximas gerações.

Palavras-chave: Desastres Ambientais; Barragens; Direito Fundamental; Fiscalização; Responsabilidade Ambiental.

Abstract: The 1988 Federal Constitution guaranteed environmental preservation as everyone's right and duty. With globalization and the increase in environmental risks, preventive measures are essential to avoid disasters and protect the environment. The absence or insufficiency of these actions can result in irreparable impacts, including the displacement of entire communities and the degradation of ecosystems. This research analyzes disasters caused by the collapse or overtopping of dams, constructions that require constant monitoring and inspection. Despite specific legislation, there is a lack of oversight and environmental accountability for entrepreneurs. This weakness, coupled with climate change, contributes to the recurrence of these disasters in Brazil, highlighting flaws in the application of environmental standards. Cases like Brumadinho, Mariana and Rio Grande do Sul show that the environmental and social damage could have been reduced or avoided with stricter supervision. The lack of efficient enforcement of regulations reinforces the need to improve public policies to prevent new dam collapses and mitigate environmental and social impacts. It is therefore essential to strengthen environmental policies, ensuring greater safety for dams and protection for the environment. Only with efficient monitoring and strict enforcement of regulations will it be possible to reduce risks, avoid tragedies and ensure a sustainable future for generations to come.

Keywords: Environmental Disasters; Dams; Fundamental Right; Supervision; Environmental Responsibility.

1. Introdução

A evolução da sociedade e o crescente fenômeno da globalização deram origem, como consequência e, em consonância com Beck (2010), a uma sociedade de risco, principalmente os riscos abstratos. Estes podem ser entendidos como riscos que não podem ser observados a olho nu, carecendo de previsibilidade e gerando a necessidade de se realizar ações de prevenção a fim de que os danos provenientes não alcancem sua magnitude, como determina, o Princípio Ambiental da Precaução. Os

maiores exemplos são as mudanças climáticas, causadoras dos principais desastres ambientais naturais na contemporaneidade; e a falta de manutenção e fiscalização das estruturas humanas. Demonstrando que as mudanças climáticas, a fiscalização e o monitoramento das construções humanas, os riscos e os desastres ambientais possuem uma relação indiscutível.

Para o presente artigo entende-se como desastres ambientais as catástrofes que geram impactos ao meio ambiente, e, consequentemente, à sociedade restringindo-se em abordar os desastres ambientais causados pelas barragens.

2. A Preservação do Meio Ambiente como um Direito Fundamental

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que no art. 170, inciso VI estabelece como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente, resta explícita a preocupação acerca do meio ambiente. A responsabilidade atribuída ao tema culminou na pactuação de Tratados que versam sobre o Direito Ambiental, trazendo nova perspectiva e reconhecendo a importância de uma maior regulamentação para as questões ambientais, havendo maior efetividade e deixando de ser apenas programática, Calsing (2010).

Diante ao peso constitucional atribuído a temática, houve a necessidade de adequação da área às novas gerações de direito do homem, mormente os Direitos de Terceira Geração, que consistem em tratar da solidariedade, desenvolvimento, respeito ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente, assegurando o direito à paz. Seu valor é fundamental, principalmente por sua característica difusa e por dever ser preservado por todos, tal como nos ensina Calsing (2010), tratando-se de um direito solidário.

Portanto, estabelece uma relação entre o Estado e seus cidadãos, indo para além da forma como ambos se relacionam e interagem, nos moldes art. 225 da Carta Magna, de modo a proporcionar um instrumento válido de proteção ambiental, que

busca a conservação dos recursos naturais e a regulamentação dos processos que envolvem o meio ambiente.

3. Os Desastres Ambientais Ocasionalmente por Barragens

As barragens são estruturas em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas⁴. São infraestruturas construídas, ou seja, ao contrário das infraestruturas naturais designadas para prestar serviço e promover a prevenção de desastres ambientais, diminuindo a força que é direcionada delas para a sociedade, a falta de manutenção daquela pode gerar ou agravar desastres ambientais e seus danos. Um exemplo destas são as barragens hidrelétricas, cujo acúmulo de água somado às fortes chuvas podem ocasionar seu rompimento e graves enchentes, ao passo um exemplo de infraestruturas naturais são observadas nas vegetações de encosta, que absorvem a água e suas raízes evitam desmoronamentos, prevenindo a população de um desastre ambiental.

As barragens são importantes para o controle de enchentes, produção de energia elétrica, conter os rejeitos provenientes da atividade de mineração, etc. Ao serem projetadas, deverão conter um Plano de Segurança da Barragem (PSB), classificando-se em dois tipos: por categoria de risco e por dano potencial associado. A categoria de risco avaliará as funções técnicas, a conservação, o empreendimento e o cumprimento do PSB, gerando pontuação que irá definir a barragem como de alto, médio ou baixo risco. É de alto risco a que não seguir os meios de inspeções de segurança e monitoramento, e não apresentar seus relatórios, não dispor de Plano de

⁴ Agência Nacional das Águas; Ministério do Meio Ambiente. Classificação de Barragens: Melhores Práticas Nacionais e Internacionais [Documento Técnico]. Brasília, DF: ANA; 2013.

Ação e Emergência ou não haver projeto feito por equipe técnica adequada. Já a segunda considera a população, a infraestrutura e áreas ambientalmente protegidas existentes ao entorno, analisando o dano às vidas e aos ecossistemas correlatos, os impactos ambientais, econômicos e sociais com a possível ruptura e a natureza e perigo dos rejeitos, podendo enquadrá-la como de alto, médio ou baixo potencial.

Logo, em razão da frequência com que esses desastres ambientais acontecem, é evidente a ausência de prioridade das ações de previsibilidade. Ressalta-se a importância da correta classificação das barragens, já que podem causar diferentes danos ao meio ambiente e à sociedade, apresentando diferentes necessidades de monitoramento e fiscalização.

4. A Política Nacional de Segurança de Barragens - PNSB

O Brasil possui normas que incidem sobre as barragens, como a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), a Lei 12.608/2012 (Política Nacional de Defesa Civil), e especificamente a Política Nacional de Segurança de Barragens, instituída pela Lei 12.334/2010. Esta, regula desde a criação até o efetivo uso das barragens, reforçando a necessidade de segurança e de mecanismos de controle social. Visa, dessa forma, garantir a sustentabilidade e cumprir seus objetivos, evitando danos ambientais e socioeconômicos.

O artigo 6º prevê dez instrumentos de política, envolvendo diversos atores, dentre eles órgãos fiscalizadores e ações que deverão ser implementadas através dos empreendedores. Sem prejuízo do dever de fiscalização desses órgãos, atuarão como fiscais, conforme o artigo “Segurança de barragens e os riscos potenciais à saúde pública”⁵, a entidade que outorgou o direito de uso dos recursos hídricos; a entidade que concedeu ou autorizou o uso do potencial hidráulico; a entidade que forneceu a

⁵ SILVA, E; DA SILVA, M. **Segurança de barragens e os riscos potenciais à saúde pública**. Saúde Debate, Rio de Janeiro, vol 44, nº 2, p. 242-261, jul, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/GxCcNJjsWLzNqmN9HbsFgqG/>>.

licença ambiental de instalação e operação. Dessa forma, a fiscalização da instalação, manutenção e funcionamento das barragens são previstos em lei, havendo o apoio gerencial da Agência Nacional das Águas, Agência Nacional de Energia Elétrica, e Agência Nacional de Mineração.

O Relatório de Segurança de Barragens, publicado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Barragens (SNISB) em 2022, demonstrou que ainda que o País esteja evoluindo no cadastro e fiscalização das 23.977 barragens, 56% dessas não apresentam as informações necessárias para a análise e apenas cinco (5.000) mil estão em consonância legal, apontando que as demais barragens existentes não se enquadram nesses moldes. O relatório ressalta, ainda, que das 4.940 barragens classificadas como de alto risco ou de alto ou médio dano potencial associado, e, que obrigatoriamente, devem possuir o Plano de Ação de Emergência, apenas 1.245 o elaboraram. Destaca também que 122 barragens estariam em situação preocupante, a maioria devido a seu estado de conservação estrutural, somado à ausência de monitoramento e manutenção. Ainda nos termos do relatório, teria ocorrido fiscalização em campo de apenas 495 barragens, montante muito inferior ao que deveria ser realizado, uma vez que 91% das que se enquadram na PNSB não foram fiscalizadas *in loco* em 2022.

No relatório de 2023, foi observado que das 25.943 barragens cadastradas, apenas 5.916 se enquadram na PNSB, sendo que 3.925 são classificadas com alto dano potencial associado e 1.692 se encaixam na categoria de alto risco. Ressalta-se ainda haver 1.277 barragens que se enquadram em ambas as classificações, possuindo alta periculosidade e necessidade de observação. Em comparação ao número de barragens fiscalizadas em 2022, o relatório de 2023 apontou evolução, aumentando para 658. Por fim, restou configurado que 1.582 barragens possuíam o PSB, 1.373 contavam com Plano de Ação de Emergência e apenas 701 teriam realizado a Revisão Periódica de Segurança de Barragens, assim como apenas 262 possuíam os Relatórios de Inspeção de Segurança Regular e os de Segurança Especial.

Diante o exposto, é indubitável a falta de rigidez na aplicação da PNSB, uma vez que há barragens operantes que não se enquadram na mesma e não cumprem os requisitos de segurança exigidos, fato que carece de mudanças, a fim de evitar novos desastres ambientais.

5. A Responsabilidade Ambiental na Prática: Os Principais Desastres Ambientais Ocorridos no Brasil

A responsabilidade civil caracteriza-se com a ocorrência de dano, vinculada à conduta de ação ou omissão que tenha o causado. Assim, os danos ambientais podem ser entendidos como a redução da qualidade ambiental devido às ações ou omissões humanas, sendo essencial defini-lo e classificá-lo para que a reparação ocorra. Assim, para o presente trabalho, ressaltam-se os danos ambientais de larga escala, os danos morais coletivos e os interinos.

Primeiramente, os danos ambientais em larga escala ocorrem quando o prejuízo causado pode ser considerado irreparável, ao menos em um curto/médio espaço de tempo, Antunes (2024). Intenta considerar o dano causado como um todo, considerando o aspecto intangível e único do local afetado. Em sua ocorrência, há a violação ao direito fundamental de preservação do meio ambiente, imposto como um direito e um dever de todos.

De acordo com Bessa (2007), os danos morais coletivos ou danos extrapatrimoniais coletivos, podem ser entendidos como as ações ou omissões, que afetem os direitos da terceira geração, os direitos difusos, como o direito fundamental à preservação do meio ambiente. Marcado por um caráter preventivo-punitivo e compensatório, encontra amparo legal na Lei de Ação Civil Pública, na Lei 8.078/90 e na Lei 8.884/94. Devido a sua finalidade preventiva, na qual há possibilidade de condenação em relação aos danos morais coletivos causados, vislumbra-se seu papel de inibidor de condutas ilícitas.

Outrossim, os danos interinos mostram-se como a compensação pelos prejuízos causados entre o desastre ambiental ocorrido e a reparação de seus estragos, tendo em vista a paralisação do uso da região afetada e suas consequências, como os lucros cessantes. Para o Supremo Tribunal de Justiça, em decisão proferida no Resp. 1.845.200- SC⁶, sua indenização é devida ainda que haja a condenação e eventual cumprimento da obrigação de reparação integral pelos prejuízos causados. Sendo assim, devem ser considerados para promover a responsabilização adequada.

Progressivamente, com os desastres ambientais que ocorreram no Brasil, tem-se evidenciado a falha protetiva do Estado, pois cada vez que os mecanismos de responsabilidade são acionados, o cumprimento da norma ambiental não foi efetiva, Antunes (2024). O País tem apresentado histórico de ausência de rigidez na aplicação das leis e do instituto de reparação ambiental, posto que há frequente descumprimento dos acordos e ausência de punibilidade dos envolvidos, possibilitando impunidades indevidas, insuficientes e lentas reparações ambientais deixando a sociedade atingida sem a devida reparação quanto aos danos interinos. A seguir, observar-se-á como a responsabilidade ambiental foi aplicada nos três principais desastres ambientais brasileiros⁷ ocasionados por barragens.

5.1. Desastre de Mariana: Rompimento da Barragem de Fundão

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça [2 Turma]. Recurso Especial 1.845.200-SC. O cumprimento da obrigação de reparar integralmente o dano ambiental (in natura ou pecuniariamente) não afasta a obrigação de indenizar os danos ambientais interinos. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF: **Superior Tribunal de Justiça**, [2022]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?livre=@CNOT=019649>.

⁷ Insta salientar que o rompimento de barragens também ocorre internacionalmente. No norte da Itália, em julho de 1985, há investigações que alegam que o rompimento da barragem de minério Val di Stava ocorreu devido à ausência de manutenção, segurança e monitoramento, devastando povoados e provocando o falecimento de 268 pessoas, além dos impactos gerados ao meio ambiente. Já no Canadá, houve o desastre de Mount Polley, no qual, a ausência de monitoramento e conservação da barragem levaram, em agosto de 2014, ao rompimento da barragem de rejeitos que pertenciam à Imperial Metals Corporation. Portanto, os desastres ambientais não mostram-se apenas como um problema a ser enfrentado pelo Brasil, mas sim em todo o mundo, carecendo de monitoramento e fiscalização das barragens, juntamente com ações preventivas, a fim de evitar os danos em larga escala, especialmente os ambientais, de demorada recuperação, ou, muitas vezes, irreparável.

O rompimento da barragem de Fundão, sob responsabilidade da empresa de mineração Samarco Mineração S/A, e que detinha como acionistas maiores a empresa de mineração brasileira Vale S/A, localizada na cidade de Mariana, Minas Gerais, lançou cerca de 45 milhões de metros cúbicos de rejeitos, percorrendo 663,2 km de cursos d'água, dentre eles os rios Gualaxo do Norte, do Carmo e Doce, atingindo ainda o litoral do Estado do Espírito Santo. Como efeito, ocasionando o galgamento da barragem de Santarém, que transbordou e resultou na aniquilação do distrito de Bento Rodrigues, além de ter prejudicado intensamente outros distritos como o Gualaxo do Norte, do Carmo e o Doce.

Consoante o laudo técnico realizado em 2015 pelo IBAMA o dano ao meio ambiente e aos municípios atingidos foram gravíssimo, causando a morte de 19 pessoas e transformando populações inteiras em refugiados ambientais. Além disso, houve a perda e fragmentação de *habitats*, o soterramento de produções agrícolas e a alteração e contaminação das águas, em especial da bacia hidrográfica do Rio Doce, a mais utilizada na região Sudeste.

Nesse contexto, o relatório publicado pelo Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), aponta que, conforme a Comissão Extraordinária das Barragens da Assembleia Legislativa de MG o ocorrido não foi um “acidente” e sim resultado de uma gestão ineficiente e irresponsável. Segundo informações fornecidas pelo site do Ministério Público Federal, obras relacionadas à drenagem ocasionaram um recuo na estrutura da barragem, que não estava previsto no projeto original e não era licenciado pelo Poder Público, contribuindo para o seu rompimento. Isto posto, infere-se que seria de responsabilidade das empresas Samarco Mineração S/A e Vale S/A reparar os danos.

Em 2016, foi assinado termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TAC), a fim de realizar a reparação dos danos, criando-se, para isso, a Fundação Renova⁸. Todavia, o cumprimento das medidas mostrou-se lento e insuficiente em

⁸ Reportagem escrita pela Agência Brasil informa que a justiça estrangeira também foi acionada, havendo processo contra a empresa anglo-saxônica BHP Hilton, acionista da empresa Samarco S.A. A ação judicial

relação à reparação dos danos ambientais, econômicos e sociais, prejudicando as vítimas. Devido ao custoso processo de reparação, em outubro de 2024, quase 10 anos após o evento, houve a repactuação, que almeja a reparação integral e definitiva dos danos, prevendo o pagamento de 132 bilhões de reais, distribuídos ao Poder Público para reparação ambiental e dos Municípios afetados, e às vítimas, sendo pagos em parcelas que terminarão até 2043. Entretanto, o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) criticaram como a repactuação foi realizada, por entenderem que mais uma vez as vítimas não foram envolvidas no processo como um todo. Desta forma, tiveram de recorrer ao Poder Judiciário, estando o processo em curso até a presente data, fevereiro de 2025.

Outrossim, posteriormente à assinatura do acordo, os réus, denunciados pelos crimes de homicídio e crimes ambientais, foram, em novembro de 2024, no processo 0002725-15.2016.4.01.3822, criminalmente absolvidos por decisão do Tribunal Federal Regional da 6ª Região, uma vez que, para a Juíza responsável, não seria possível individualizar a conduta dos réus ou definir quais teriam sido diretamente responsáveis pelo acontecimento. Na dúvida, consoante os princípios penais, a Juíza decidiu em benefício dos réus.

Portanto, evidente o desrespeito das empresas responsáveis à PNSB e às normas ambientais, demonstrando a carência de devida fiscalização quanto à estrutura da barragem e comprovando o descaso e a irresponsabilidade⁹. O descumprimento recorrente do acordo e a exclusão dos representantes das vítimas da negociação mostram esse desrespeito, já que não demonstram urgência em reparar os danos, prejudicando novamente os mais afetados.

tem previsão de se finalizar apenas em 2026, mostrando-se também lenta em discutir a responsabilização da empresa envolvida, e consequentemente, iniciar as ações de reparação.

⁹ Também observado no desastre de Mount Polley, no qual a empresa foi liberada a recomear suas atividades enquanto 2 das 3 investigações sobre o ocorrido estavam em andamento. Após a conclusão destas, restou decidido que queixas não seriam prestadas contra a empresa, e que nem multas seriam cobradas, uma vez que a lei aplicável ao local não permite penas administrativas. Assim, colocando a vida da população em risco, e garantindo a impunidade dos responsáveis, pois, para a população, o desastre poderia ter sido evitado com ações de prevenção.

5.2. A Tragédia de Brumadinho: O Rompimento da Barragem de Córrego do Feijão

A ruptura da barragem de rejeitos da Mina de Córrego do Feijão, em Brumadinho, Minas Gerais, ocorreu em 2019, liberando cerca de 11,7 milhões de metros cúbicos que percorreram 46 km, causando imensuráveis danos à população e ao meio ambiente. Sob responsabilidade da empresa Vale S.A, o evento ocasionou a morte de 270 pessoas, e provocou o deslocamento da comunidade afetada. Como resultado, houve a perda da vegetação nativa, a contaminação das águas e a alteração do curso d'água do Rio Paraopeba.

No âmbito cível, ressalta-se que somente em 2021 a empresa responsável assinou, juntamente com o Governo, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais e do Ministério Público Federal, acordo judicial, homologado pelo TJMG, tendo como objetivo principal a responsabilização direta e imediata da Vale S.A. Além disso, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública para fins de indenização, resultando em um acordo judicial que previa a criação de um fundo de reparação no valor de 400 milhões de reais, objetivando a reparação dos danos morais coletivos, pertencentes às vítimas.

Outrossim, a ação penal contra a mineradora somente foi acatada pela Justiça Federal do Estado de Minas Gerais em 2023, 4 anos após o ocorrido. A ação foi intentada contra 16 pessoas, a fim de que estas respondam por crimes contra a fauna, flora e poluição, além de homicídio qualificado. Contudo, em março de 2024, a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 6ª Região decidiu suspender o processo em face do ex-presidente da Vale com o argumento de que não haveria provas quanto o conhecimento deste sobre as condutas dos funcionários, saliente -se que ainda cabe recurso da decisão e o processo prossegue seu curso quanto aos demais réus.

Para a sociedade como um todo a percepção que a lenta responsabilização pela tragédia, a ausência de rígida fiscalização e aplicação da lei, corroboram para agravar o quadro geral do dano ocorrido em todos os seus aspectos.

5.3. O Parcial Rompimento da Barragem 14 de Julho e as Enchentes que Acometeram o Estado do Rio Grande do Sul

Entre abril e maio de 2024, o Estado do Rio Grande do Sul (RS) foi acometido por um grande aumento de precipitações, efeito intensificado pela presença do efeito do “El Niño”, que ocasionou uma abrupta mudança climática. Tal fenômeno levou à decretação de Estado de Calamidade na região sulista. Ações emergenciais foram necessárias devido à ausência de políticas públicas preventivas que possibilitariam mitigar os danos.

O alto volume de chuvas ocasionou em 02 de maio, o rompimento parcial da Barragem 14 de Julho, localizada entre Bento Gonçalves e Cotiporã, bem como o aumento do volume de água no rio das Antas. Esse volume, somado à cheia do rio Taquari, consequência das fortes chuvas, gerou uma onda de dois metros de altura que atingiu as cidades vizinhas de São Valentim do Sul e Santa Tereza. Após esse evento, a Companhia Energética Rio das Antas detectou o rompimento e colocou em prática o Plano de Ação de Emergência da barragem, com o objetivo de avisar a população atingida e salvar o máximo de vidas possíveis. De forma concomitante, ao menos outras 02 (duas) barragens localizadas no Estado, monitoradas pela Aneel¹⁰ e Secretaria do Meio Ambiente e Infraestrutura, com o apoio da Defesa Civil, atingiram, conforme constou no boletim de ocorrências estadual, nível de emergência, com alto risco de rompimento. Todavia, o monitoramento adequado foi capaz de proteger a sociedade e o meio ambiente. Antes da ruptura dessa barragem, o fenômeno “El Niño” havia gerado enchentes catastróficas em mais de 400 municípios do Estado, provocando a morte de centenas de pessoas e animais,

¹⁰ Agência Nacional de Energia Elétrica.

deixando mais de meio milhão de pessoas desabrigadas e, afetando diretamente, mais de dois milhões de civis. Como impactos socioambientais foram afetados os *habitats* da região, houve a contaminação das águas e geraram-se riscos para a saúde dos indivíduos, devido ao contato com as águas contaminadas pela decomposição dos corpos humanos e de animais mortos na tragédia.

Contudo, é imprescindível mencionar que essa catástrofe, ainda que extrema, não era inesperada. Em 2015, a Universidade Federal do Ceará, com investimentos de mais de 3,5 milhões do Governo Federal, realizou o Projeto “Brasil 2040: cenários e alternativas de adaptação à mudança do clima”, gerido pela Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura. Neste, destaca-se o Relatório “Adaptação às Mudanças do Clima: Cenários e Alternativas - Recursos Hídricos”, projetou mudanças climáticas e aumento de temperaturas, prevendo um aumento superior a 15% do nível de chuvas na região Sul do Brasil, enfatizando a possibilidade de cheias e inundações e relatando o impacto que seria gerado aos recursos hídricos e à população. Tal relatório descrevia a necessidade de ações de adaptação, prevenção e planejamento urbano a fim de minimizar os prováveis futuros danos.

Ocorre que, para as autoridades governamentais, a pesquisa era alarmista e contrária aos interesses públicos, já que seu resultado demonstrava o prejuízo das mudanças climáticas às bacias hidrográficas, afetando assim, as hidrelétricas. Na oportunidade, a Amazônia apresentava-se como a “nova fronteira da hidroeletricidade¹¹”, a Usina Belo Monte estava em construção e, de acordo com os pesquisadores e seus estudos, poderia sofrer 50% de redução em sua produção em virtude da elevação das temperaturas nas demais regiões do País. Por isso, e pelo tempo e custo já empregado, em torno de 20 milhões de reais, as ações preventivas apontadas pelo estudo, afirmando e provando que a concentração de hidrelétricas seria um erro, foram, juntamente com o mesmo, ignoradas e arquivadas.

¹¹ ANGELO, C; FEITOSA, C. **País poderá viver drama climático em 2040, indicam estudos da presidência**. 2015. Disponível em: <<https://www.oc.eco.br/pais-podera-viver-drama-climatico-em-2040/>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2024.

Em sequência, a então presidente Dilma Rousseff, realizou uma reforma ministerial, substituindo a equipe inteira da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, responsável pela encomenda do projeto. Em outubro de 2015, antes da Conferência de Paris, o governo divulgou alguns relatórios, retirando as partes alarmistas e de forma incompleta, deixando de fornecer informações pelas quais pagaram caro, e que eram direito dos cidadãos conhecer. Segundo Dias (2024), tais estudos foram engavetados e não foram disponibilizados publicamente. A versão do Ministério do Meio Ambiente em 2023 foi de extravio dos mesmos devido à uma atualização do sistema da gestão anterior.

Resta evidenciado o descaso governamental e a cabível responsabilidade civil diante da omissão de tais dados. Afinal, as adaptações sugeridas pelos pesquisadores poderiam ter mitigado os danos da catástrofe natural de 2024 e salvo milhares de vidas, evitando inclusive o rompimento parcial da Barragem 14 de Julho. Não restam dúvidas de que mudanças climáticas ocorrerão, mas as pesquisas e suas efetivas aplicações reforçam a importância do monitoramento de barragens e a necessidade de planejamento urbano para suportar o aumento de chuvas de forma a preparar os municípios para supostas cheias e inundações. Logo, inadequado caracterizar o ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul em 2024 como apenas um desastre natural, uma vez que evidente a contribuição humana, através da não observância de dados e pesquisa que poderiam prevenir ou mitigar os danos ambientais.

6. Refugiados Ambientais

Como resultado da ocorrência dos desastres ambientais mencionados - rompimento ou galgamento de barragens- os danos causados geram a urgência de deslocamento de comunidades inteiras. Essas pessoas são denominadas refugiados ambientais, ou, para Vedovato *et al* (2019), deslocados ambientais, situação que ocorre devido à ausência de condições de moradia e subsistência nas áreas afetadas de forma permanente ou temporária.

Nesse sentido, Luchino e Ribeiro (2016), afirmam que o desastre ambiental, ao gerar a necessidade de deslocamento, representa violação aos direitos humanos dos afetados, pois retira o direito à moradia, à subsistência e à vida digna, fazendo-se necessário reconstruir suas comunidades integralmente ou temporariamente alocando-os em abrigos improvisados. Uma verdadeira situação de vulnerabilidade conforme asseveram Vieira e Cavedon (2023).

Portanto, se fazem necessárias políticas públicas brasileiras que visem resguardar e proteger os deslocados ambientais de forma a respeitar suas características e motivações de refúgio¹². Saliente-se que está em tramitação o Projeto de Lei 1594/24, que visa instituir a Política Nacional dos Deslocados Ambientais e Climáticos, caso aprovado, será a primeira política pública brasileira sobre o tema. Assim, reforçando ser o Estado brasileiro responsável pela proteção da tutela ambiental e humana dos atingidos de forma a promover a reconstrução digna das vidas dos atingidos por desastres ambientais no País.

7. Conclusão

Diante o exposto, a evolução da sociedade demonstra a importância da Constituição Federal de 1988 positivar a preservação do meio ambiente como um direito fundamental, apresentando-se como um direito difuso e que deve ser cuidado por todos.

Nesta toada, foi observado que a falta de fiscalização e monitoramento das barragens, somado à ausência de rigidez da aplicabilidade da lei e o agravamento das mudanças climáticas contribuem para o exponencial aumento do número de desastres ambientais ocasionados por sua ruptura, causando alterações ecológicas, econômicas

¹² Como referência, há o Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais e a Convenção de Kampala, realizada em 2009, pioneiros no resguardo de direitos dos deslocados ambientais.

e sociais graves que podem gerar danos que carecem de tempo para serem revertidos ou reduzidos

Outrossim, destaca-se que a demora no recebimento de indenizações, as quais não conseguem cobrir o imensurável valor dos bens e direitos afetados, a ausência de sanção quanto ao descumprimento das obrigações condenatórias ou de acordos, carece de mudanças, pois, comunidades inteiras dependem disso para reerguer suas vidas.

Portanto, revela-se necessário que o Estado, de forma garantidora, atue preventivamente e crie políticas públicas efetivas para resguardar os atingidos, preservando a manutenção de seus direitos fundamentais e mitigando os efeitos da necessidade de refúgio ambiental. Além disso, as políticas já existentes devem ser aplicadas rigidamente, acrescidas de supervisão eficiente e investimento em projetos urbanos de adaptação climática para mitigar os referidos desastres ambientais e o rompimento ou galgamento de barragens, protegendo a vida e o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Referências Bibliográficas

ANGELO, C; FEITOSA, C. País poderá viver drama climático em 2040, indicam estudos da presidência. 2015. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/pais-podera-viver-drama-climatico-em-2040/>. Acesso em: 19 de dez de 2024.

ANTUNES, P. Grandes barragens e danos ambientais de larga escala: necessidade de uma política pública específica. *Direito em movimento*, v. 22, e523, p. 1-24, 2024. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/523>. Acesso em: 12 de dez de 2024.

BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade* [Tradução: Sebastião Nascimento]. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BESSA, Leonardo. Dano moral coletivo. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v.10, n. 40, 2007. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_247.pdf. Acesso em: 07 de maio de 2024.

“Boletins sobre o impacto das chuvas no RS”. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.estado.rs.gov.br/boletins-sobre-o-impacto-das-chuvas-no-rs>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos -CNDH. Relatório sobre o rompimento da barragem de rejeitos da mineradora samarco e seus efeitos sobre o vale do rio doce. [Brasília]: CNDH, 2017. Disponível em:https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy2_of_RelatriodaBarragemdoRioDoce_FINAL_APROVADO.pdf/@@download/file/copy2_of_relatriodabarragemdoriadoce_final_aproavad.pdf. Acesso em 25 de nov. de 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. O desastre. [Brasília]: MPF. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 25 de nov. de 2024.

BRASIL. Repactuação do Acordo Rio Doce. Governo Federal assina acordo da ordem de R\$ 132 bilhões com empresas envolvidas na tragédia de Mariana. [Brasília]: Repactuação do Acordo Rio Doce, 25 out. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/repactua%C3%A7%C3%A3o-do-acordo-do-rio-doce/governo-federal-assina-acordo-da-ordem-de-r-132-bilhoes-com-empresas-envolvidas-na-tragedia-de-mariana>. Acesso em 29 de nov de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça [2 Turma]. Recurso Especial 1.845.200-SC. O cumprimento da obrigação de reparar integralmente o dano ambiental (in natura ou pecuniariamente) não afasta a obrigação de indenizar os danos ambientais interinos.

Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça,[2022].Disponível

em:<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?livre=@CNO T=019649>.

CALSING, Renata de Assis. O direito humano fundamental ao meio ambiente sadio: convergência da proteção ambiental nos âmbitos nacional e internacional. 2010. Disponível em:

<https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12012/1/2010_art_racalsing.pdf>.

Acesso em: 18 de dezembro de 2024.

Consultor Jurídico. “Juíza absolve mineradoras e executivos em ação penal pelo desastre de Mariana”. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2024-nov-14/juiza-absolve-minera>

[doras-e-executivos-em-acao-penal-pelo-desastre-de-mariana/](https://www.conjur.com.br/2024-nov-14/juiza-absolve-minera). Acesso: 15 de dez de 2024.

Consultor Jurídico. “TRF-6 tranca ação penal contra ex-presidente da Vale no caso de Brumadinho” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-13/trf-6-tranca-acao-penal- contra-ex-presidente-da-vale-no-caso-de-brumadinho/>. Acesso em: 19 de maio de 2024.

Defesa Civil do Estado do Rio Grande do Sul. “Governo atualiza situação das barragens no RS”. Disponível em: <https://www.defesacivil.rs.gov.br/atuizacao-dos-servicos-de-infraestrutura-do-rs-16-5-9h-portal-do-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em 06 de maio de 2024.

DIAS, Tatiana. “Enchentes no RS: leia o relatório de 2015 que projetou o desastre e os governos escolheram engavetar”. The Intercept Brasil, 06 maio 2024. Disponível em: <https://www.intercept.com.br/2024/05/06/enchentes-no-rs-leia-o-relatorio-de-2015-que-projetou-o-desastre-e-os-governos-escolheram-engavetar/>. Acesso em: 08 maio 2024.

ESPINDOLA, Haruf Salmen; GUIMARÃES, Diego Jeangregório Martins. História Ambiental dos Desastres: uma agenda necessária [Debate]. Revista Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 11, n. 26, p. 560 - 573, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5965/2175180311262019560>. Acesso em 10 de janeiro de 2025.

FUNDAÇÃO RENOVA. 2016. Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta. Brasília, 02 de março de 2016. Disponível em: TTAC - Portal da Transparência. Acesso em: 1 jun. 2024.

GALIMBERTI, Maria Fernanda Oliveira. Os casos das barragens de Mariana e Brumadinho sob a ótica do direito dos desastres e da sustentabilidade corporativa (ESG). 2023. 61 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, Curso de Graduação em Direito, 2023.

GODOY, Sandro Marcos Godoy; DIAS, Mateus Benites. O desastre ambiental de Mariana e o papel da fundação renova na reparação dos danos. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 12, ed. 1, p. 37-78, jan./jun. 2021. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/353579177_O_desastre_ambiental_de_Mariana_e_o_papel_da_Fundacao_Renova_na_reparacao_dos_danos. Acesso em: 17 maio 2024.

IBAMA. 2015. Laudo Técnico Preliminar: Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. In: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Minas Gerais, 2015. Disponível em: https://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_Ibama.pdf . Acesso em: 17 de maio de 2024.

Justiça absolve Samarco, Vale, BHP Billiton e outros réus em ação criminal pelo rompimento da barragem em Mariana (MG). Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições do Ensino Superior, 2024. Disponível em: <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/justica-absolve-samarco-vale-bhp-billiton-e-outros-reus-em-acao-criminal-pelo-rompimento-da-barragem-em-mariana-mg1>. Acesso em 29 de nov de 2024.

LUCHINO, Maria De Las Mercedes Rodríguez Fontán; RIBEIRO, Wagner Costa. Refugiados ambientais e a atuação do ACNUR como organismo internacional de proteção. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 11, n. 3, p. 890-914, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311620086_REFUGIADOS_AMBIENTAIS_E_A_ATUACAO_DO_ACNUR_COMO_ORGANISMO_INTERNACIONAL_DE_PROTECAO. Acesso em: 27 de novembro de 2024.

MAB. MAB repudia decisão da justiça federal e irá recorrer para a devida punição aos responsáveis pelo crime em Mariana. 2024. Disponível em: <https://mab.org.br/2024/11/14/mab-repudia-decisao-do-trf/>. Acesso em: 30 de nov de 2024.

MAB. MAB vai ao STF por participação popular e direitos na repactuação. 2024. Disponível em: <https://mab.org.br/2024/11/04/mab-vai-ao-stf-por-participacao-popular-e-direitos-na-repactuacao/>. Acesso em: 30 de nov. de 2024.

MARSHALL, J. Tailings dam spills at Mount Polley and Mariana. Canadian Centre for Policy Alternatives, 2018. Disponível em: <https://www.corporatemapping.ca/desastres-anunciados>. Acesso em: 02 de janeiro de 2025.

MARTINS, Eduardo Sávio. Adaptação às Mudanças do Clima: Cenários e Alternativas – Recursos Hídricos. 2015. Relatório II. Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SERRA, Giselle Turri. A responsabilidade da pessoa jurídica no dano ambiental: a ineficácia da indenização pecuniária para reparação da lesão ao bem jurídico por dano ambiental perante a inobjetividade do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. 2020. 67 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Privado, Porto Alegre, 2020.

SILVA, E; DA SILVA, M. Segurança de barragens e os riscos potenciais à saúde pública. Saúde Debate, Rio de Janeiro, vol 44, n° 2, p. 242-261, jul, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sdeb/a/GxCcNJjsWLzNqmN9HbsFgqG/>>.

Presidência da República. Brasil 2040. 2015. Resumo Executivo. Secretaria de Assuntos Estratégicos. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.agroicone.com.br/\\$res/arquivos/pdf/160727143013_BRASIL-2040-Resumo-Executivo.pdf](https://www.agroicone.com.br/$res/arquivos/pdf/160727143013_BRASIL-2040-Resumo-Executivo.pdf)

PONTES, Nádía. Tragédia de Brumadinho ainda afeta moradores da região. Deutsche Welle. 25 jan. 2024. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/trag%C3%A9dia-de-brumadinho-ainda-afeta-moradores-da-regi%C3%A3o/a-68080229>. Acesso em 02 out. 2024.

Rio Grande do Sul tem cinco barragens sob risco de colapso e 19 cidades com alerta de evacuação. Exame. 02 mai. 2024. Disponível em: Rio Grande do Sul tem cinco barragens sob risco de colapso e 19 cidades com alerta de evacuação. Exame. Acesso em: 03 out. 2024.

RODRIGUES, L. Caso Samarco: vítimas são incluídas na gestão da reparação após 8 anos. Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-08/caso-samarco-vitimas-sao-incluidas-na-gestao-da-reparacao-apos-8-anos>. Acesso em: 02 set. 2024.

VALE. Vale informa sobre acordo com Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <https://vale.com/documents/d/guest/vale-informa-sobre-acordo-com-ministeriopublico-do-trabalho>. Acesso em: 10 de nov. de 2024.

VEDOVATO, L; FRANZOLIN, C; e ROQUE, L. Deslocados ambientais: uma análise com base na dignidade da pessoa humana. Rev. Direito Práx, Rio de Janeiro, Vol. 11, N.03,, p. 1654-1680, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/rX3wQWtWThGZ7mSQRp7qzrk/>. Acesso em 02 de dez. de 2024.

IMPACTOS DA FALTA DE FISCALIZAÇÃO E DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA INSEMINAÇÃO CASEIRA NO BRASIL

Impacts of the Lack of Supervision and Public Policies on Home Insemination in Brazil

Ana Paula dos Santos Sousa¹

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Gabriela dos Santos Grossi²

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza³

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

DOI: <https://doi.org/10.62140/ASGSVS3552025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Biodireito e biotecnologia: o contexto da biopolítica e do biopoder; 3. Amparo normativo para a reprodução assistida; 4. Uma ideia sobre políticas públicas; 5. Ineficiência das políticas públicas sobre a reprodução assistida; 6. Inseminação caseira como uma consequência da ineficiência das políticas públicas sobre as técnicas de reprodução humana assistida; 7. Principais efeitos da prática da inseminação caseira; 8. Considerações Finais.

Resumo: A reprodução humana, enquanto exercício da autonomia, se enquadra como direito fundamental ao planejamento familiar, conforme prevê a

¹ Graduanda pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Endereço eletrônico: anapaula.ssousa30@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0108-9887>.

² Graduanda pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ. Endereço eletrônico: gabrieladsantos.grossi@hotmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9062-7841>.

³ Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Professora Associada de Direito Civil do Departamento de Direito, Humanidades e Letras do Instituto Três Rios da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ-ITR). Endereço eletrônico: vanessarcss36@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6206-5083>.

Constituição de 1988. Nesse contexto, no atual Direito de Família, a biotecnologia é responsável por gerar intensos debates e questionamentos, sobretudo porque as técnicas de reprodução humana assistida (RHA) permitiram novas maneiras de acesso àquele direito. Apesar da ausência de legislação específica sobre o tema, é necessário garantir o equilíbrio entre o desenvolvimento científico-tecnológico e as relações sociais. Em adendo, com as novas maneiras de se relacionar e as múltiplas configurações familiares, tem-se intensificado a busca por formas alternativas de executar o planejamento familiar. Como resultado, considerando o papel estatal de assegurar o acesso a tais direitos, torna-se imprescindível a existência de políticas públicas eficazes, pois ainda que existam iniciativas estatais que reconheçam sua importância, como a Portaria GM/MS nº 426/2005, na prática, o acesso público às modalidades de RHA não ocorre. Evidente, portanto, o descaso e a falha governamental em garantir o acesso à reprodução e a concretização do planejamento familiar igualmente para todos. Sob esse prisma, constatou-se o aumento pela escolha da técnica de inseminação caseira, tornando-se possível, por meio da rede de internet, localizar doadores de esperma e a venda de instrumentos para a realização do referido procedimento. Ademais, a escolha pela realização desse método exige o enfrentamento dos perigos dele provenientes, como o risco sanitário, à segurança da mulher, dificuldade de registro da criança e as repercussões da inexistência do anonimato.

Palavras-chave: Planejamento familiar. Novas configurações familiares. Políticas públicas. Técnicas de reprodução assistida. Auto inseminação caseira.

Abstract: Human reproduction, as an exercise of autonomy, is part of the fundamental right to family planning, as set out in the 1988 Constitution. In this context, biotechnology is responsible for generating intense debate and questioning in today's Family Law, especially since assisted human reproduction (AHR) techniques have enabled new ways of accessing family planning. Despite the lack of specific legislation on the subject, it is necessary to guarantee a balance between scientific-technological development and social relations. In addition, with new ways of relating and family configurations, the search for alternative ways of carrying out family planning has intensified. As a result, considering the state's role in ensuring

access to these rights, effective public policies are essential, because even though there are state initiatives that recognize their importance, such as Ordinance GM/MS No. 426/2005, in practice, public access to RHA modalities does not occur. The government's neglect and failure to guarantee access to reproduction and family planning on an equal basis for all is therefore evident. From this perspective, given the precariousness of access and the ease of finding information through digital platforms, there has been an increase in the choice of the home insemination technique, making it possible, through the internet, to locate sperm donors and the sale of instruments to carry out this procedure. In addition, choosing this method means facing the dangers that come with it, such as health risks, women's safety, difficulties in registering the child and the repercussions of the lack of anonymity.

Keywords: Regulation. Public policies. Self-insemination at home. Family planning. Assisted reproduction techniques.

1. Introdução

Com as novas perspectivas advindas do direito das famílias, em especial após a segunda década do século XXI, é possível encontrar distintas formas de relacionamento, para além das tradicionais, refletindo a autonomia privada e o planejamento familiar. Há a perspectiva de tutela e de segurança jurídica para a constituição de diferentes relações e uma persistente pauta de discussões sobre a visão pluralista de famílias como a homoafetiva, simultânea e monoparental, buscando abarcar os diferentes arranjos sociais.

Segundo Sjoblom (1984), citado por Sechi⁴ “Um problema existe quando o status quo é considerado inadequado”. Neste sentido, aliados às novas configurações familiares, encontram-se as discussões referentes ao acesso ao planejamento familiar, sobretudo via técnicas de reprodução assistida, normalmente viabilizadas pela fertilização in vitro, fertilização intrauterina, doação de materiais genéticos ou

⁴ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

gestação de substituição. Mas, para além das estratégias médicas de viabilização da parentalidade, deve-se tratar também da fertilização caseira, alvo desta pesquisa.

O direito à procriação deve ser garantido pelo Estado, uma vez que a Constituição Federal protege a família, e deve, portanto, tutelar igualmente a forma como esta é constituída. Assim, a ausência de disposições normativas que regulamentem as técnicas de reprodução humana assistida, aliada a uma carência de políticas públicas sobre o assunto, transformam-se em grave problema coletivo,⁵ sendo a inseminação caseira um reflexo disso.

2. Biodireito e Biotecnologia: O Contexto da Biopolítica e do Biopoder

O biodireito consiste no campo jurídico criado para tutelar situações existenciais – especialmente referentes aos processos de vida, integridade física e morte – que envolvem o exercício da autonomia individual diante de limites postos pela legalidade constitucional. Nesse sentido, originou-se como resultado do desenvolvimento de estratégias sociais e políticas conhecidas como biopolítica e biopoder, o que despertou a crescente necessidade de estudos e regulações sobre o tema.

Para Michael Foucault⁶, a biopolítica se ampara no uso do corpo do indivíduo como uma forma de controlar seu comportamento, tornando-o mais útil e mais dócil, e pelo foco no corpo em espécie, devendo haver uma forma de regular os processos biológicos envolvendo o nascimento, a vida e a morte. Dessa forma, consistiria a biopolítica em uma intervenção e limitação da autonomia privada.

Nesse contexto, o biopoder se mostra como a possibilidade estatal de regular a vida e o corpo da população com a finalidade de melhor gerenciar o desenvolvimento social. Este, por ocorrer junto ao desenvolvimento tecnológico,

⁵ Novas Fronteiras da Reprodução Assistida: acesso, direitos e responsabilidades / Alexandre Beltrão...[et al.] ; coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Vitor Almeida. 1ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

⁶ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 17. ed. Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006. p. 118.

origina o conceito de biotecnologia, ou seja, a aplicação da ciência tecnológica aos organismos vivos com a finalidade de gerar novas descobertas e conhecimentos. Para o atual direito de família, a biotecnologia é a responsável por intensos debates, pois deu origem às técnicas de reprodução humana assistida, viabilizando novas maneiras de se realizar o planejamento familiar, direito garantido constitucionalmente no artigo 226, §7º.

Logo, por promover a alteração da ordem natural das coisas, até então algo intangível e imutável, a biotecnologia vem causando discussões éticas, bioéticas e jurídicas. Como resultado, consoante Heloisa Helena Barboza (2021)⁷, houve a judicialização da saúde, ou seja, questões sobre o corpo dos indivíduos começaram a ser levadas ao Poder Judiciário devido à falta de regulamentação, tornando o corpo humano um objeto de discussão no Direito, em lides que abrangem o exercício da autonomia individual e situações existenciais, algo oposto à base que sustentou o direito civil até o advento da Constituição de 1988.

3. Amparo Normativo para a Reprodução Assistida

A partir do nascimento do primeiro bebê por técnica de fertilização in vitro, em 1978⁸, inaugurou-se uma nova perspectiva no universo da Reprodução Humana Assistida (RHA), com uma alternativa no que tange à concretização do planejamento familiar para as pessoas inférteis ou estéreis e casais do mesmo gênero, contornando a impossibilidade biológica natural de não ter filhos.

Nesse viés, a Constituição Federal de 1988 – para além do direito ao planejamento familiar – prevê, em seu art. 196, o direito à saúde de forma ampla, igualitária e universal, devendo ser garantido pelo Estado mediante políticas sociais e

⁷ BARBOZA, H. Biodireito: Tutela jurídica das dimensões da vida. In: Barboza, H. et al. **A proteção da pessoa humana no limiar do século XXI: o florescer da biopolítica**. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 9-23.

⁸ Agência Brasil. História Hoje: primeiro bebê in vitro completou 45 anos. Agência Brasil, 2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2023-08/historia-hoje-primeiro-bebe-vitro-45-anos>>. Acesso em: 12 nov. 2024. G1. Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos. G1, 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

econômicas, assegurando serviços que visem sua promoção, proteção e recuperação. A lei de planejamento familiar (Lei 9263/96) reforça esse ideário ao prever em seus artigos 3º e 9º a obrigatoriedade do Sistema Único de Saúde de prestar serviços que concretizem esse direito, assegurando-o às pessoas que desejam utilizar métodos alternativos, reforçando o papel garantidor do Estado. Não obstante essa previsão, é importante ressaltar a inexistência de leis brasileiras que regulem a atuação médica na seara da reprodução assistida.

4. Uma Ideia Sobre Políticas Públicas

A promulgação da Constituição de 1988 representou uma mudança de paradigma jurídico ao instituir a dignidade da pessoa humana como base valorativa do Estado, prevendo uma série de direitos fundamentais. O Estado, sob um viés prestacional, possui o papel de intervir para garanti-los e concretizá-los, logo, utiliza-se de políticas públicas para a realização desse fim, conferindo-lhes essencialidade na esfera jurídica e administrativa.

Para Maria Paula Bucci (2023),⁹ o conceito de política pública representa, no sistema jurídico, um desafio, pois não possui sua forma exterior assumida, podendo ser encontrado em diferentes suportes legais, como nas disposições constitucionais, leis, normas infralegais, como decretos e portarias, e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza. Contudo, é essencial a tentativa de defini-la, em razão de serem permeadas pelo direito, representando a conexão entre o Poder Legislativo, a direção política governamental e a estrutura burocrática da administração pública. Nesse sentido, entende a autora:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os

⁹ BUCCI, M.P. A ABORDAGEM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: QUADROS ANALÍTICOS. **Revista Campo de Públicas: conexões e experiências**. v.2, n.1 | 2023. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/emag/Cursos/2023400057_-_Seminario_Demandas_Estruturais/2023.08.16_-_Revista_Campo_de_Publicas_-_A_abordagem_Maria_Paula.pdf>. Acesso em: 12 de nov. de 2024.

meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2023, p.14).

O conceito de políticas públicas, portanto, encontra-se em harmonia com a atual Constituição brasileira, representando a possibilidade de reduzir as desigualdades existentes e promover a inclusão. É o que justifica serem criadas com objetivo específico, a ser realizado dentro de um determinado período, visando a garantir a concretização de um direito com a correta programação e distribuição dos recursos públicos. Logo, evidente a essencialidade de se ter políticas públicas bem formuladas quando se pretende garantir o acesso aos direitos constitucionalmente previstos, sobretudo os de natureza existencial.

5. Ineficiência das Políticas Públicas Sobre a Reprodução Assistida

De acordo com a Organização Mundial da Saúde¹⁰, aproximadamente 8% a 15% dos casais enfrentam problemas com a infertilidade ao tentar engravidar, evidenciando a necessidade de se ter esse direito garantido pelo Estado.

O Brasil reconhece essa importância, uma vez que em 2004, com a apresentação do Plano Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher – Princípios e Diretrizes¹¹, a infertilidade e a reprodução assistida foram apontadas como lacunas no âmbito das políticas públicas. Posteriormente, em 2005, foi publicada a Portaria

¹⁰ Ministério da Saúde. Portaria 426, de 23 de março de 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/sobre/a-secretaria/legislacao-1/nacional/portarias/portarias-em-pdf/portaria_ms_426_2005_integra/view>.

¹¹ Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf.

GM/MS 426/2005¹², instituindo a Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida - PNAIHRA no SUS, visando a garantir o acesso à reprodução humana assistida para todos. Em sequência, foi publicada a portaria SAS/MS nº 388/2005¹³, na qual restou definido que a assistência às pessoas que precisam utilizar-se dos novos métodos de reprodução seria dada em todos os níveis de atendimento, devendo os serviços médicos prestados estarem vinculados ao Sistema Único de Saúde, garantindo os seguintes procedimentos: coito programado; inseminação artificial; fertilização in vitro; injeção intracitoplasmática de espermatozoide e outros. Após, em 2012, foi publicado o Decreto de nº 3.149¹⁴, definindo a destinação do valor de dez milhões de reais para os estabelecimentos públicos de saúde que realizam procedimentos pertinentes à Reprodução Humana Assistida, quantia essa que foi distribuída apenas uma única vez, sendo, portanto, insuficiente para manter o funcionamento constante dos oito centros especializados que estavam em atividade na época. Por fim, em 2017, a Portaria de Consolidação nº 2 revogou a Portaria nº 426, mas incorporou o texto em sua integralidade, permanecendo em vigor até a presente data¹⁵.

Ocorre que, na prática, os dispositivos mencionados são ineficientes, uma vez que, conforme estudo do Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA Brasil¹⁶, baseado em dados de 2019, existem apenas 11 centros de Reprodução Humana Assistida que prestam atendimentos público, estando 5 na Região Sudeste, majoritariamente na capital de São Paulo, 2 na região Centro-Oeste, em Brasília e em

¹² *Id. Ibidem*, 2015.

¹³ Ministério da Saúde. Portaria SAS/MS Nº 388, de 06 de julho de 2005. Disponível em: https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_388.pdf.

¹⁴ Ministério da Saúde. Portaria 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html#:~:text=Fica%20destinados%20recursos%20financeiros%20aos,ou%20inje%C3%A7%C3%A3o%20intracitoplasm%C3%A1tica%20de%20espermatozoides.

¹⁵ Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação GM/MS nº 2 /2017. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html>. Acesso em: 10 de janeiro de 2025.

¹⁶ Reprodução assistida e direitos [livro eletrônico]: panorama, desafios e recomendações para políticas públicas no Brasil / [pesquisa e conteúdo] Cíntia Engel. -- Brasília, DF : Fundo de População das Nações Unidas, 2024.-- (Temas emergentes em saúde sexual e reprodutiva e direitos). Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/estudo_reproducao_assistida_diagramacao_v5.pdf.

Goiânia, 2 na Região Nordeste, em Pernambuco e no Rio Grande do Norte, e 2 na região Sul, ambos em Porto Alegre. Dentre estes, o estudo revela que apenas dois deles oferecem serviços totalmente gratuitos, mas não conseguem oferecer acesso a todas as modalidades de reprodução assistida em decorrência da ausência de normas sobre o tema. Ressalta-se, ainda, que os hospitais estão concentrados nas capitais, principalmente na região Sudeste, caracterizando a desigualdade no acesso, que já é precário e não consegue garantir os direitos fundamentais constitucionais.

Assim, ainda que essas instituições consigam trazer benefícios a uma parte da população, representam o descaso e a falha governamental em garantir o acesso igual para todos e de forma totalmente gratuita, pois de acordo com informações fornecidas pelo site da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana¹⁷, os centros de atendimento não recebem repasses governamentais pelos procedimentos ou consultas realizadas.

Para Da Silva et al (2021)¹⁸, a União, os Estados e Municípios alegam não haver recursos suficientes para possibilitar o acesso previsto, pois precisam priorizar o tratamento de outras patologias. Com isso, somado ao fato de o país apresentar um histórico de desvio e má distribuição de recursos, o acesso às técnicas de reprodução assistida não é garantido de forma devida, inexistindo documentos normativos mais completos que regulamentem o procedimento, a reserva de recursos e as relações que do uso destas se originam.

Sob esse prisma, importante destacar que as Resoluções publicadas pelo Conselho Federal de Medicina – CFM não possuem natureza de lei em sentido estrito, pois foram criadas com a função de elaborar normativas de natureza ético-disciplinar, orientando a conduta procedimental dos médicos. Ainda que possuam a finalidade de proteger os pacientes e usuários das técnicas, estabelecendo princípios e

¹⁷ CASALECHI, M. A reprodução humana assistida no SUS: saúde reprodutiva é um direito constitucional. **Sociedade Brasileira de Reprodução Humana**, 2018. Disponível em: <<https://sbrh.org.br/comite/embriologia/a-reproducao-humana-assistida-no-sus-saude-reprodutiva-e-um-direito-constitucional/>>. Acesso em: 9 de nov de 2024.

¹⁸ DA SILVA, D. J.; DE SANTANA, B. P.; SANTOS, A. L. INFERTILITY: A PUBLIC HEALTH PROBLEM. *Revista Uningã*, [S. l.], v. 58, p. eUJ3044, 2021. DOI: 10.46311/2318-0579.58.eUJ3044. Disponível em: <<https://revista.uninga.br/uninga/article/view/3044>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

orientações éticas, a autarquia em questão não possui competência para legislar, cabendo apenas ao Poder Legislativo elaborar leis, estabelecendo normas e políticas públicas sobre o assunto. Assim, erroneamente são utilizadas como embasamento de decisões judiciais, pois a existência destas não substitui a necessidade urgente de que as modalidades de reprodução humana assistida sejam regulamentadas, elaborando-se políticas públicas para que os direitos constitucionais à saúde, reprodução e planejamento familiar possam ser garantidos a todos de forma eficiente.

6. Inseminação Caseira como uma Consequência da Ineficiência das Políticas Públicas Sobre as Técnicas de Reprodução Humana Assistida

A autoinseminação, ou inseminação caseira, é uma técnica de reprodução humana na qual há a inserção manual, através de uma seringa ou outro instrumento adequado, do sêmen no útero da mulher que irá gestar o possível embrião, caso a concepção e a posterior nidação ocorram de forma devida¹⁹, ocorrendo sem assistência médica. A prática não é proibida no Brasil²⁰, sendo realizada devido à autonomia familiar e corporal, ainda que não seja recomendada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) ou pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em razão dos riscos à tentante e ao futuro embrião²¹.

Entendido o seu conceito, ressalta-se que a autoinseminação usualmente é adotada por casais compostos por duas pessoas do gênero feminino que desejam executar seu planejamento familiar, por casais heterossexuais em que o homem é

¹⁹ DANTAS, C. Inseminação caseira: desafios jurídicos na tutela integral da pessoa. In: *Novas Fronteiras da Reprodução Assistida: acesso, direitos e responsabilidades* / Alexandre Beltrão...[et al.]; coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Vitor Almeida. 1ª ed, p. 59-80. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

²⁰ ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. 2020. **“Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica”**. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v.24, p. 101- 119, abri./jun, 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/453/365/1667>>. Acesso em: 18 de nov. de 2024.

²¹ Nesse mesmo sentido encontra-se a Espanha, no qual a inseminação caseira também não é prevista no ordenamento jurídico do país, mas a prática não é recomendada pela Sociedade Espanhola de Fertilidade (SEF), para a Associação para o Estudo da Biologia Reprodutiva (ASEBIR), para a Associação Espanhola de Andrologia (ASESA) e ainda a Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (CNRHA).

infértil ou estéril ou por mulheres solteiras que planejam uma família monoparental. Além disso, há casais que preferem recorrer à autoinseminação devido a possibilidade de escolher quem será o doador do material genético masculino, o que não é possível para os procedimentos de reprodução assistida realizado em clínicas especializadas.

Inquestionavelmente, a notoriedade dada ao procedimento se deu com o acesso à informação ocasionado com o crescimento e desenvolvimento das plataformas digitais, como Facebook, Youtube e Tik Tok, dando origem, conforme mencionado por Carlos Henrique Dantas²², ao movimento que ficou conhecido como “Do It Yourself Biology (DIYBio)”, que consiste em promover a democratização de informações científicas, permitindo que qualquer pessoa consiga utilizar esse conhecimento, nesse caso, fazendo-o em domicílio. Isso pois, atualmente, nas redes sociais, é possível encontrar tutoriais, vendas de kits para efetivar o procedimento, anúncios de mulheres que desejam tentar e de homens dispostos a doar seu material genético, influenciando e possibilitando a realização da prática²³.

Dessa maneira, ao exercer seu direito de liberdade de expressão, previsto no art. 220 da constituição, os usuários provocaram o fomento da prática, fornecendo informações às pessoas que se encontram desamparadas pelo Estado, que não oferece as condições básicas e necessárias para a execução de seu planejamento familiar. Sendo assim, o escasso e ineficiente acesso às técnicas de reprodução humana assistida pelo Sistema Público de Saúde, somado ao fato de as clínicas privadas exigirem uma alta capacidade financeira para abarcar os custos dos procedimentos, são fatores determinantes para o aumento do número de pessoas que recorreram à inseminação caseira. Esse fato é comprovado em pesquisa publicada pela Revista Contemporânea²⁴, que aponta que a condição financeira foi motivo significativo para

²² DANTAS, op. cit., p.61.

²³ Importante acrescentar que esse dilema não ocorre apenas no Brasil, mas em outros países como os Estados Unidos, no qual a internet possibilita o acesso à doadores de esperma, como por exemplo o site Cryos, que possibilita que kits para realização do procedimento sejam vendidos, contendo já o esperma que deverá ser utilizado, uma vez que lá não é vedado a venda de material genético.

²⁴ TIMM, L.; HOFFMANN, E. ASPECTOS MÉDICOS E JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA. Revista Contemporânea. V.4, No. 5: 01-25, 2024. ISSN: 2447-0961 Disponível em:

71% das mulheres que realizaram a inseminação caseira, entendida como a maneira mais acessível de efetivar o planejamento familiar.

Portanto, conclui-se que as plataformas digitais fomentaram a prática da autoinseminação, fato que ocorreu essencialmente devido à falha estatal em garantir o acesso gratuito às técnicas de reprodução humana assistida e pela falta de elaboração de políticas públicas suficientes para a garantia desse direito. Como resultado, há impactos jurídicos e éticos que serão aprofundados a seguir.

7. Principais Efeitos da Prática da Inseminação Caseira

A autonomia que permeia a decisão de realizar a inseminação caseira, para Felipe e Tamanini²⁵, gera a possibilidade de ter o planejamento familiar concretizado, entretanto, exige lidar com as consequências provenientes da prática, gerando questionamentos que envolvem a saúde, o meio jurídico e o bioético.

Primeiramente, cumpre destacar a problemática sanitária, uma vez que, devido ao mercado informal de gametas, impulsionado pelas plataformas digitais, é possível encontrar e escolher doadores de espermatozoides *online*. Dessa forma, a tentante não conta com um agente regulador e intermediador da relação que se estabelece, não havendo a triagem clínica do esperma, ou seja, a fiscalização sobre a saúde do doador, podendo este ser portador de infecções sexualmente transmissíveis, como HIV, Hepatites B e C, Zika vírus, entre outros.

Segundo pesquisa elaborada pela Revista Contemporânea (2024)²⁶, cerca de 37% das receptoras de material genético não requerem exames dos doadores, como, segundo Rivia Mara Lamaita²⁷, a ANVISA orienta que ocorra nas Clínicas de Reprodução Assistida. Além disso, há possibilidade de contaminação do material

<<https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/download/4414/3371/13279>>. Acesso em 16 de nov de 2024.

²⁵ FELIPE, Mariana G; TAMANINI, Marlene. INSEMINAÇÃO CASEIRA E A CONSTRUÇÃO DE PROJETOS LESBOPARENTAIS NO BRASIL. **Revista Ñanduty**, v.8, n.12, p. 18-44, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.30612/nty.v8i12.15300>> Acessado em: 18 de nov. de 2024.

²⁶ TIMM, op. cit., p. 12.

²⁷ Presidente do Comitê Nacional de Reprodução Assistida da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia

genético ou do instrumento utilizado para a inseminação com bactérias e vírus e, devido à in experiência, chance de ocorrer perfuração ou ferimento do canal vaginal, motivos pelos quais a agência mencionada não recomenda a realização do procedimento²⁸.

Atrelado a isso, a atual Resolução do CFM²⁹, publicada em 2022, estabelece que as clínicas de reprodução assistida, ao selecionar os doadores, atentem-se ao limite de dois nascimentos por área de um milhão de habitantes com a finalidade de evitar que essas crianças possam, no futuro, se relacionar incestuosamente, fato que também não pode ser aplicado às pessoas que realizam a inseminação caseira. Em virtude da procura de tentantes por doadores com mais relatos de sucesso, pesquisa realizada pela Revista Contemporânea³⁰ aponta que 50% dos doadores possuem mais de 20 filhos, o que o torna mais requisitado, aumentando os riscos do crescimento de relacionamentos incestuosos no futuro. Outrossim, a pesquisa demonstra que 56,2% dos doadores não possuíam consciência dessa possibilidade, resultado da ausência de regulamentação.

Ressalta-se existir muitos relatos de tentantes ou parceiras que sofreram assédio sexual no processo, afetando a confiança que deveria ser estabelecida com o ato altruísta de doar o material genético. Em pesquisa realizada por Felipe e Tamanini³¹, a maioria das tentantes recorre ao “método seringa”, no qual não há contato físico entre ela e o doador, todavia há o “método natural”, quando o procedimento é feito através do intercuro sexual (as tentantes mais experientes

²⁸ Cabe mencionar que essa problemática é também presente no Reino Unido, que demonstra preocupação, como exposto no site “Human Fertilisation & Embryology Authority”, regulador de fertilidade do Reino Unido, com os problemas de saúde que podem advir de uma inseminação caseira, buscando informar a importância das clínicas, como localizar um doador de forma segura e quais precauções tomar, buscando evitar assédio ou abuso sexual, já que há casos relatados nos grupos do Facebook.

²⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2320, de 20 de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 2022.. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwieusyrmdOLAxWx1LkGHZaFMkQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fsistemas.cfm.org.br%2Fnormas%2Farquivos%2Fresolucoes%2FBR%2F2022%2F2320_2022.pdf&usq=AOvVaw3sxX6KK533B4Qic9yUyMSf&opi=89978449>. Acesso em: 20 nov. 2024.

³⁰ TIMM, op. cit., p. 11-13.

³¹ FELIPE E TAMANINI, op. cit., p. 18-44.

aconselham evitar ao máximo esse método com qualquer doador). Isto posto, muitos doadores se aproveitam desse momento de vulnerabilidade, quando as mulheres desejam conhecê-los e saber mais informações, para assediá-las e possivelmente constrangê-las para que o método seja realizado de forma natural. Assim, além dos riscos à saúde e ao corpo, pode haver abuso em um momento extremamente sensível.

Outrossim, destacam-se as repercussões provenientes da inexistência do anonimato do doador, princípio que garante o sigilo da identidade do terceiro provedor do material genético utilizado, como ocorre nos procedimentos da reprodução humana assistida que são feitos nas clínicas. Nesse sentido, o objetivo desse princípio é proteger o doador, no sentido de impedir que lhe sejam exigidos os deveres da paternidade com base no vínculo genético, e a criança, pois a descoberta pode acarretar possíveis traumas. Assim, o conhecimento entre as partes, em abstrato, de acordo com as regras gerais do direito de família, geraria risco para ambos: para a tentante, cujo objetivo era apenas a colaboração para executar seu planejamento familiar há o risco de o doador requerer o reconhecimento de paternidade; e, ao doador, cuja ação – ainda que altruísta – pode lhe impor importantes efeitos familiares.

Ademais, a presente via também resulta em problemas referentes à precificação do material genético, que por não ser um procedimento com intermediação, como o que ocorre no âmbito das clínicas, permite às partes autorregular os termos da relação. Com isso, há doadores que cobram pela doação realizada, indo contrariamente à resolução 2.320/22 do CFM³², que determina que a doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial.

Ademais, abordando os efeitos sob o espectro da relação de pessoas de mesmo gênero, no que tange ao universo LGBTQIAP+, entendendo pela possibilidade de homens transsexuais, que não realizaram procedimento de redesignação e ainda mantém seu aparelho reprodutor, em conseguirem utilizar o

³² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. op. cit., 2022.

método da reprodução caseira, resultando para sua parceira a construção do projeto familiar de maneira social e afetiva, e não biológica³³.

Por fim, a autoinseminação tem como impacto a dificuldade de registro da criança após o seu nascimento, o que não acontece quando a inseminação é realizada no âmbito das clínicas de reprodução, que contam com a declaração do seu diretor técnico, documento exigido pelo provimento nº 149 do CNJ,³⁴ para efetivação do registro³⁵. Contudo, com a realização pela via caseira, não há como fornecer o presente documento aos integrantes da relação, desta maneira, casais heteronormativos acabam por conseguir burlar o procedimento e ainda assim registrar a criança, pois há a presunção legal da paternidade nesses casos, devido à possibilidade de concepção natural. Já para os casais do mesmo gênero, mencionam Felipe e Tamanini³⁶, a declaração é exigida, gerando a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário a fim de concretizar o registro, ou da parte não gestante realizar o procedimento de adoção, uma vez que apenas a gestante tem formalizado o nome no documento. Logo, há grande dificuldade de assegurar os direitos e poderes parentais da parceira que optou por não gestar a criança, fato que só vem sendo afastado por intervenção do Judiciário.

³³ Tal entendimento não impede de maneira alguma a configuração familiar e a identificação dos seres do referido grupo enquanto família, principalmente com as reformas do Código Civil de 2002 e nova maneira de enxergar as múltiplas ramificações familiares no Direito das Famílias nos estudos contemporâneos.

³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>>. Acesso em 19 de nov. 2024.

³⁵ Recentemente, em decisão unânime, a Terceira Turma do STJ proferiu o entendimento de que há presunção da maternidade da mãe não biológica, quando provida de relação homoafetiva, na qual houve autoinseminação. A decisão reconheceu o preenchimento do art. 1.597, V do Código Civil e provida a autorização para registro da maternidade sem a necessidade do documento exigido por meio do provimento 149/2023 do CNJ em seu art. 513, II. A relatora, ministra Nancy Andrighi, reforça o exposto pelo presente estudo acerca do planejamento familiar e garantias constitucionais, reconhecendo que os custos das técnicas realizadas nas clínicas especializadas são elevados, inviabilizando a efetivação do planejamento familiar por algumas famílias, não competindo ao Poder Judiciário ratificar tal desigualdade social. **BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2137415 - SP (2024/0136744-9)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 15 out. 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401367449&dt_publicacao=17/10/2024>. Acesso em: 30 nov. 2024.

³⁶ FELIPE E TAMANINI, op. cit., p. 18-44.

8. Considerações Finais

Portanto, conclui-se que as políticas públicas existentes no Brasil são ineficientes para garantir o direito de acesso à reprodução e ao planejamento familiar, uma vez que os indivíduos não possuem o acesso gratuito e facilitado às técnicas de reprodução assistida, ainda que seja direito fundamental de todos, falhando o Estado em seu papel garantidor.

É evidente que a não evolução normativa do tema, somado à indisponibilidade de recursos para os centros de reprodução existentes, representam o descaso estatal com a garantia ao direito reprodutivo e a concretização do planejamento familiar. Logo, devido ao desamparo e a impossibilidade financeira de recorrer às clínicas privadas, a autoinseminação mostra-se para os afetados a forma mais acessível de realizar a construção de sua família.

Nesse contexto, o artigo tentou demonstrar que o grande aumento de pessoas que recorreram a essa modalidade deu-se essencialmente pelo acesso ilimitado de informações fornecidas pelas plataformas digitais, reforçando a importância de se disseminar os efeitos da prática, ressaltando o impacto que o descaso governamental com o tema pode causar aos envolvidos, podendo atingir a saúde da tentante e da possível futura criança, gerar situações existenciais e patrimoniais que envolvam o doador, entre outras consequências sociais que a lacuna de controle da situação pode desencadear.

Nesse íterim, o fato de a autoinseminação não ser recomendada pela ANVISA ou pelo CFM, e os impactos da prática, refletem a urgência com que tal direito reprodutivo deve ser regulamentado e garantido pelo Poder Estatal, utilizando-se de legislação competente e eficiente, pois apesar das tentativas dos órgãos supramencionados em criar formas de implementação do direito, é necessário maior cuidado e integralidade no seu oferecimento.

Referências Bibliográficas

Agência Brasil. História Hoje: primeiro bebê in vitro completou 45 anos. Agência Brasil, 2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia->

nacional/saude/audio/2023-08/historia-hoje-primeiro-bebe-vitro-45-anos>.

Acesso em: 12 nov. 2024.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. 2020. “Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica”. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v.24, p. 101- 119, abri./jun, 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/453/365/1667>>. Acesso em: 18 de nov. de 2024.

BARBOZA, H. Biodireito: Tutela jurídica das dimensões da vida. In: Barboza, H. et al. *A proteção da pessoa humana no limiar do século XXI: o florescer da biopolítica*. São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 9-23.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2018/inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados>>. Acesso em: 19 de nov. de 2024.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Brasília, DF, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Atenção à Saúde da Mulher, 1984.

BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 426, de 23 de março de 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/sobre/a-secretaria/legislacao-1/nacional/portarias/portarias-em-pdf/portaria_ms_426_2005_integra/view>. Acesso em: 10 de nov. de 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 3.149, de 28 de dezembro de 2012. Disponível em:

[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html#](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html#:~:)

~:

text=Fica%20destinados%20recursos%20financeiros%20aos,ou%20inje%C3%A7%C3%A3o%20intracitoplasm%C3%A1tica%20de%20espermatozoides. Acesso em 20 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2137415 - SP (2024/0136744-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em: 15 out. 2024. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202401367449&dt_publicacao=17/10/2024. Acesso em: 30 nov. 2024 .

BUCCI, M.P. A ABORDAGEM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: QUADROS ANALÍTICOS. Revista Campo de Públicas: conexões e experiências. v.2, n.1 | 2023. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/emag/Cursos/2023400057_-_Seminario_Demandas_Estruturais/2023.08.16_-_Revista_Campo_de_Publicas_-_A_abordagem_Maria_Paula.pdf>. Acesso em: 12 de nov. de 2024.

CASALECHI, M. A reprodução humana assistida no SUS: saúde reprodutiva é um direito constitucional. Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, 2018. Disponível em: <<https://sbrh.org.br/comite/embriologia/a-reproducao-humana-assistida-no-sus-saude-reprodutiva-e-um-direito-constitucional/>>. Acesso em: 9 de nov de 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2320, de 20 de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 2022.. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiesyrmDOLAxWxILkGHZaFMfkQFnoECA4QAQ&url=https%3A%2F%2Fsistemas.cfm.org.br%2Fnormas%2Farquivos%2Fresolucoes%2FBR%2F2022%2F2320_2022.pdf&usq=AOvVaw3sxX6KK533B4Qic9yUyMSf&opi=89978449>. Acesso em: 20 nov. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>>. Acesso em 19 de nov. 2024.

DA SILVA, D. J.; DE SANTANA, B. P.; SANTOS, A. L. INFERTILITY: A PUBLIC HEALTH PROBLEM. Revista Uningá, [S. l.], v. 58, p. eUJ3044, 2021. DOI: 10.46311/2318-0579.58.eUJ3044. Disponível em: <<https://revista.uninga.br/uninga/article/view/3044>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

DANTAS, C. Inseminação Caseira: desafios jurídicos na tutela integral da pessoa. In: BELTRÃO, A...[et al.]; coordenado por Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida. Novas fronteiras da reprodução assistida. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024. p. 59-80.

FELIPE, Mariana G; TAMANINI, Marlene. INSEMINAÇÃO CASEIRA E A CONSTRUÇÃO DE PROJETOS LESBOPARENTAIS NO BRASIL. Revista Ñanduty, v.8, n.12, p. 18-44, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.30612/nty.v8i12.15300>> Acessado em: 18 de nov. de 2024.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: a vontade de saber. 17. ed. Trad. Maria Tereza da Costa Albuquerque e J. A. Guillon Albuquerque, Rio de Janeiro: Edições Graal, 2006. p. 118.

G1. Primeiro bebê de proveta do Brasil e da América Latina completa 30 anos. G1, 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/10/primeiro-bebe-proveta-do-brasil-e-da-america-latina-completa-30-anos.html>>. Acesso em: 12 nov. 2024.

GOZZI, Camila Monzani. Princípio do livre planejamento familiar como direito fundamental. Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, 2019. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1349/Princ%C3%ADpio+do+livre+planejamento+familiar+como+direito+fundamental>>. Acesso em: 14 de nov. 2024.

Inseminação caseira com espermatozoides de doador. Cryos Internacional Sperm and Egg Bank. Disponível em: <https://www.cryosinternational.com/en-us/us-shop/client/how-to/home-insemination/>. Acesso em: 19 de nov. de 2024.

Inseminação caseira com espermatozoides de doador. HFEA: UK fertility regulator. Disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/donation/donors/home-insemination-with-donor-sperm/>. Acesso em: 19 de nov. de 2024.

KIRKLAND, F. BBC News, 2021. 'Não tínhamos dinheiro para pagar o tratamento de fertilidade, então arriscamos encontrar um doador de espermatozoides no Facebook'. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/stories-56182987>. Acesso em: 19 de nov. de 2024.

Novas Fronteiras da Reprodução Assistida: acesso, direitos e responsabilidades / Alexandre Beltrão...[et al.]; coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Vitor Almeida. 1ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

Reprodução assistida e direitos: panorama, desafios e recomendações para políticas públicas no Brasil / Cíntia Engel. -- Brasília, DF : Fundo de População das Nações Unidas, 2024.-- (Temas emergentes em saúde sexual e reprodutiva e direitos). Disponível em: https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/estudo_reproducao_assistida_diagramacao_web_vf-12-03.pdf

RODRIGO, A. ¿En qué consiste una inseminación artificial casera?. Reproducción Asistida. ORG, 2019. Disponível em: <https://www.reproduccionasistida.org/en-que-consiste-una-inseminacion-artificial-casera-proceso-y-riesgos/>. Acesso em: 19 de nov. 2024.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Teorias da Lei Natural: Pufendorfe Rousseau. Trans/Form/Ação, (São Paulo), v. 30, 2007, p. 219-234.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise e casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

TARNOVSKI, Flávio Luiz. 2013. "Parentalidade e gênero em famílias homoparentais francesas". *cadernos pagu*, Campinas, 40:67-93.

TIMM, L.; HOFFMANN, E. ASPECTOS MÉDICOS E JURÍDICOS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA. *Revista Contemporânea*. V.4, No. 5: 01-25, 2024. ISSN: 2447-0961 Disponível em: <https://ojs.revistacontemporanea.com/ojs/index.php/home/article/download/4414/3371/13279>. Acesso em 16 de nov. de 2024.

PEREIRA, Caio M. Reconhecimento de paternidade e seus efeitos. Ed. 7. rev., atual e ampl., atualizada por Heloísa Helena Barboza e Lucia Maria Teixeira Ferreira. São Paulo: Gen/Forense, 2015.

**CRIMINOLOGIA, CENSURA E A LIBERDADE DE IMPRENSA:
NOVAS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO
GLOBAL**

*Criminology, Censorship and Press Freedom: New Perspectives on Human Rights in the Global
Context*

Angélica Lima¹

Universidade Portucalense

Raphaella Viana Silva Asfora²

Universidade Federal da Paraíba

DOI: <https://doi.org/10.62140/ALRA3762025>

¹ **Autora/** Investigadora a Colaboradora com o IJP. Discente em Direito pela Universidade Portucalense e Licenciada em Engenharia Química pelo Instituto Superior de Engenharia - ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-7781-2846> - E-mail: angelikalima@gmail.com

² **Orientadora/** Mestra em Ciências Jurídicas (Direito Econômico) pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Pesquisadora de Direitos Humanos, História do Direito, Filosofia Jurídica, Direito Desportivo e Direito Penal Econômico, Pós-Graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo IBCCRIM e UNIFACISA, Pós-Graduada em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA/PB). MBA em Gestão Jurídica Criminal e *Compliance* (EFICAZ/PR). Graduada em Direito (CESED/UNIFACISA), Graduada em Comunicação Social (Jornalismo) e Graduada em Administração, ambas pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Jornalista Profissional e Pesquisadora de Criminologia, Direito Internacional Público e Direitos Humanos com certificação internacional pela Universidade de Salamanca (USAL/Espanha) sobre temas relacionados à Organização das Nações Unidas (ONU Brasil) e a Colaboração da Operação Militar das Nações Unidas/Comando de Operação da Manutenção de Paz das Nações Unidas (ONU) e *TAF Operation Training Institute* através da pesquisa inédita: "Aplicabilidade dos Direitos Humanos pelo Exército Brasileiro em Missões de Paz das Organizações das Nações Unidas (ONU)." - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0154-8716> - E-mail: raphaellasfora1@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 1.1 Contextualização Histórica; 2. Criminologia e Consequências da Censura para os Direitos Humanos: O Caso Herzog e Outros *Vs.* Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos com Sentença de 15 de Março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas); 3. O Papel das Organizações Internacionais e dos Direitos Humanos na Liberdade de Expressão no Brasil e no Mundo; 4. Censura e Controle da Comunicação Social no Contexto Mundial; 5. Estratégias de Resistência da Sociedade Civil: O Legado da *World Wide Web*; 6. Estrutura Legal e Jurídica da Censura na Era da Informação; 6.1. Legislação Nacional e o Controle da Informação; 6.2. Instrumentos Internacionais e a Justificação da Censura: Violações aos Direitos Humanos; Considerações Finais e Referência Bibliográficas.

Resumo: Atualmente, mediante os estudos e as pesquisas acerca da Criminologia e dos Direitos Humanos, há um destaque para a realidade da censura e da liberdade de imprensa, sobretudo no que se refere ao direito à liberdade de informação nos regimes não-democráticos ou ditos autoritários, que vem a ser assimilados sob o ponto de vista da Era da Informação, Comunicação Social e da Ciência Política. Assim compreendidos ao longo do tempo, em especial os fatos mais marcantes ocorridos no período entre o Século XIX e o Século XXI, ao considerar uma maior compreensão do papel do Estado no tocante à evolução dos meios de comunicação nas últimas décadas e à atuação da sociedade civil contemporânea. Ademais, a partir do processo de internacionalização das informações via *world wide web* e a constante evolução das mídias digitais, há também uma análise entre as realidades de vários países, principalmente o Brasil e Portugal sob a perspectiva dos Direitos Humanos no contexto global. Principalmente ao longo do tempo, ao compreender as consequências da censura para os Direitos Humanos, o devido papel das organizações internacionais na Liberdade de Imprensa, o respectivo controle das informações no âmbito da Comunicação Social, as estratégias de resistência da sociedade civil e também a relevância da estrutura legal e jurídica em relação à censura no âmbito nacional e internacional, onde finalmente, há algumas reflexões acerca dos atuais preceitos da censura e da liberdade de imprensa no direito digital e face às

relações jurídicas dentro do ambiente virtual, onde os mecanismos das novas tecnologias de informação e comunicação estão em crescente destaque mundial.

Palavras-Chaves: Criminologia, Censura, Liberdade de Imprensa e Direitos Humanos.

Abstract: Currently, through studies and research on Criminology and Human Rights, there is a focus on the reality of censorship and freedom of the press, especially with regard to the right to freedom of information in non-democratic or so-called authoritarian regimes, which are assimilated from the point of view of the Information Era, Social Communication and Political Science. Thus understood over time, especially the most notable events that occurred in the period between the 19th and 21st centuries, when considering a greater understanding of the role of the State regarding the evolution of the media in recent decades and the actions of contemporary civil society. Furthermore, from the process of internationalization of information via the world wide web and the constant evolution of digital media, there is also an analysis between the realities of several countries, mainly Brazil and Portugal, from the perspective of Human Rights in the global context. Mainly over time, by understanding the consequences of censorship for Human Rights, the due role of international organizations in Freedom of the Press, the respective control of information in the scope of Social Communication, the resistance strategies of civil society and also the relevance of the legal and judicial structure in relation to censorship at the national and international level, where finally, there are some reflections on the current precepts of censorship and freedom of the press in digital law and in the face of legal relations within the virtual environment, where the mechanisms of new information and communication technologies are increasingly highlighted worldwide.

Keywords: Criminology, Censorship, Press Freedom and Human Rights.

1. Introdução

Atualmente, a liberdade de expressão aliada à liberdade de imprensa e ao direito à informação definem a base fundamental dos Estados Democráticos, sendo considerados valores fundamentais para qualquer Democracia. É só assim que se

consegue formar uma opinião pública informada e, em simultâneo, se permite o acesso aos cidadãos de informações precisas e não manipuladas.

No entanto, ao longo dos tempos, os diferentes regimes não democráticos foram a suprimir de diferentes formas esses mesmos direitos, usando a censura como uma ferramenta para controlar as massas e para consolidar o poder.³

Portanto, um dos pilares dos Estados Democráticos é a liberdade de imprensa, sendo que esta liberdade funciona por duas vias, por um lado garante o direito à informação e à expressão, e por outro permite que exista uma fiscalização do poder público e com isso um exercício pleno de cidadania. Ora, no contexto dos direitos humanos, o direito à liberdade de informação é um direito básico, sendo essencial para a proteção dos restantes direitos.⁴

Quando se olha para os regimes não democráticos, vemos uma ameaça direta a esses direitos, vemos como o governo, através da censura, tem a capacidade de controlar ou manipular as informações, o que resulta numa distorção da realidade e que impede que a opinião pública possa formar a sua própria opinião. Refletindo-se na perpetuação do poder autoritário e na repressão de vozes dissidentes do poder.⁵

1.1 Contextualização Histórica

A censura encontra-se documentada desde o tempo da Antiga Roma, passando pela Inquisição da idade Média, até às censuras dos regimes totalitários do século XX, mostrando que é uma prática com raízes profundas na história da humanidade⁶. Stalin, por exemplo, na ex-União Soviética tinha um rigoroso controlo sobre a informação, eliminando todos os dissidentes, manipulando as informações, para manter a hegemonia do Partido Comunista. O uso de censores e o controlo de todos os meios de comunicação permitiu a que o regime elimina-se a oposição e projeta-se uma imagem de força e estabilidade para a sua população, sem o contraditório.⁷

³ Rahyab, Susan, "Censorship and Book-Burning in Imperial Rome and Egypt" (2020). *CUNY Academic Works*.: https://academicworks.cuny.edu/hc_sas_etds/599 - Consultado em 01 de Setembro de 2024

⁴ P. Gomes, *Liberdade de Imprensa e Direitos Humanos: Um Ensaio* (Almedina, 2018).

⁵ J Cardoso, *Direitos Humanos e Liberdade de Imprensa em Contextos Autoritários* (Coimbra Editora, 2017)

⁶ A Fernandes, *História da Censura em Portugal* (Edições 70, 2003).

⁷ R Conquest, *The Great Terror: A Reassessment* (Oxford University Press, 1991).

Mas um dos regimes que mais usou a censura e a manipulação da informação, foi o regime Nazi, possuía mesmo um Ministério da Propaganda que era liderado por Joseph Goebbels e que foi uma das peças centrais para toda a estratégia da retórica do regime. O controlo da narrativa pública, o incentivo do ódio contra grupos minoritários, especialmente judeus, com os jornais a publicarem notícias falsas contra esses mesmos grupos. O Estado alemão controlavam totalmente a imprensa, o cinema a literatura e as artes e usava os mesmos não só para difundir a ideologia nazista como para justificar todos os crimes cometidos em nome dessa mesma ideologia.⁸

Por exemplo, no Brasil, no período da Ditadura Militar (1964-1985), a censura era um dos procedimentos usados pelo governo para silenciar a oposição. Com o Ato Institucional N.º 5 (AI-5), que deu ao regime um poder praticamente ilimitado para suprimir a liberdade de imprensa, existiu uma repressão violenta contra os jornalistas e escritores que ousavam posicionar-se contra o regime. Como consequência, vários jornais foram encerrados, músicas censuradas, e intelectuais presos, perseguidos ou exilados.⁹

Já em Portugal, durante o Estado Novo e sob a liderança de António de Oliveira Salazar, a censura também foi uma ferramenta chave para o regime, usada especialmente pela PIDE. A imprensa e todas as formas de comunicação social sofriam um controlo rigoroso pelos censores do Estado, que reviam e editavam todos os conteúdos que consideravam contrários à ideologia do regime, limitava a liberdade de expressão, como reforçando valores nacionalistas e autoritários do Estado Novo.¹⁰ Hoje em dia, com as inovações tecnológicas e com a globalização, a censura também se tornou globalizada e tecnológica.

A China, por exemplo, apresenta um dos sistemas mais elaborados e sofisticados do mundo, sendo conhecido pelo “*Big Firewall*”. Sendo que este sistema controla por um lado toda a atividade *online* dos cidadãos e por outro bloqueia o acesso a informações que o regime considerado perigoso para o mesmo, criando-se

⁸ RJ Evans, *The Third Reich in Power* (Penguin Books, 2008).

⁹ TE Skidmore, *The Politics of Military Rule in Brazil, 1964-1985* (Oxford University Press, 1988).

¹⁰ N Ribeiro, *O Estado Novo e a Censura: A Construção de uma Ideologia Nacionalista* (Campo das Letras, 2014).

assim um ambiente de total de autocensura e repressão digital¹¹. Já na Coreia do Norte, apenas o Estado tem acesso aos meios de comunicação social, controlando totalmente a mesma, e punindo severamente as tentativas de aceder ou de partilhar a informações que não se encontrem autorizadas pelo regime.¹²

Outros dos regimes, que usa a censura e o controlo da comunicação social é a Rússia, que sob a liderança de Vladimir Putin tornaram a partilha de informação como uma coisa pérfida. Muito embora a Constituição russa garanta a liberdade de expressão, quando olhamos para os factos vemos o regime perseguir e a prender os jornalistas, a existir uma repressão direta e um controlo indireto da comunicação social, sendo que o Estado mantém um controlo sobre os principais meios de comunicação.¹³

2. Criminologia e as Consequências da Censura para os Direitos Humanos: O Caso Herzog e Outros Vs. Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos com Sentença de 15 de Março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)

Atualmente, a Criminologia também aborda temas de vanguarda, especialmente registros históricos dos fatos relacionados à liberdade de expressão e da liberdade de imprensa, com a devida importância em destacar as consequências de censura para os Direitos Humanos, como uma forma de identificar os impactos nos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana ao expressar ideais e pensamentos dentro da sociedade civil. Todavia, a realidade da Ditadura no Brasil, há o relato para vários acontecimentos que vieram a demonstrar casos de tortura, violência e o assassinato de milhares de pessoas na época dos regimes não-democráticos ou ditos autoritários

¹¹ G King, J Pan e M Roberts, "How Censorship in China Allows Government Criticism but Silences Collective Expression" (2013), 107(2) *American Political Science Review* pp 326-343

¹² P French, *North Korea: The Paranoid Peninsula* (Zed Books, 2007).

¹³ R Sakwa, *Putin and the Oligarchs: The Power Dynamics in Modern Russia* (I.B. Tauris, 2020).

Portanto, o Caso Herzog e Outros *Vs.* Brasil – Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a respectiva Sentença de 15 de Março de 2018 em Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, é um exemplo destes acontecimentos da Ditadura Brasileira. Vladimir Herzog, conhecido mundialmente como um símbolo da luta contra a Ditadura Militar Brasileira e a favor da Democracia, nasceu em *Osijek* (Iugoslávia, atualmente Croácia) em 27 de Junho de 1937 e naturalizado brasileiro, viveu em São Paulo, estudou Filosofia na Universidade de São Paulo (USP) e iniciou a carreira de Jornalista em 1959, no Jornal O Estado de São Paulo. Atuando na TV *Excelsior*, Rádio BBC de Londres (morando na Europa e revisitando as cidades de seu passado), Revista Visão, TV Universitária da UFPE, Jornal Opinião e Professor de Jornalismo da FAAP e da Escola de Comunicação e Artes da Universidade de São Paulo (ECA/USP).

Militante pela liberdade de expressão nos meios de comunicação e contra a Ditadura Militar Brasileira, precisamente no Ano de 1975, Vladimir Herzog foi escolhido pelo Secretário de Cultura de São Paulo, José Mindlin para dirigir o Jornalismo da TV Cultura e também nesta época, foi vítima de uma campanha contra a sua gestão na Direção de Jornalismo da TV Cultura, pelos Deputados Wadih Helu e José Maria Marin (pertencentes ao Partido de Sustentação do Regime Militar (ARENA) na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Durante o dia 24 de Outubro de 1975, militares o haviam procurado na emissora de comunicação onde trabalhava, para verificar se Vladimir Herzog tinha participação no Partido Comunista Brasileiro (PCB) e o próprio jornalista confirmou que estaria disponível na manhã do dia 25 de outubro de 1975 para o interrogatório. Comparecendo espontaneamente para prestar depoimento na Sede do Destacamento de Operações de Informação, o Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI/SP), na Vila Mariana em São Paulo, onde seria vítima de tortura, extrema violência e assassinato.

Vladimir Herzog teria sido enforcado com um cinto pelos próprios militares, que forjaram uma versão falsa de suicídio e até uma foto do jornalista morto

na cela do DOI-CODI/SP chegou a ser divulgada. Posteriormente, o autor da foto, Silvaldo Leung Vieira confessou a “farsa do suicídio” e que a imagem foi mais uma mentira contada pelos militares durante a Ditadura Militar no Brasil.

Mundialmente, houve a repercussão da morte do jornalista Vladimir Herzog e milhares de pessoas tiveram a consciência da crueldade do Regime Ditatorial no Brasil. Mediante várias manifestações populares, essencialmente de estudantes, ocorreram em vários Estados Brasileiros, principalmente, uma semana após o assassinato deste renomado profissional do jornalismo, mais de oito mil pessoas participaram de um culto ecumênico na Catedral da Sé em São Paulo, concelebrado pelo cardeal Dom Paulo Evaristo Arns, o Rabino Henry Sobel e também o Reverendo James Wright.

Atualmente, ao haver uma maior compreensão acerca dos fatos relacionados ao assassinato de Vladimir Herzog, é possível perceber que houve um longo processo de redemocratização e da liberdade de expressão no Brasil ao longo das décadas. Portanto, como um marco histórico, várias organizações nacionais e internacionais clamavam pelo fim da violência contra os profissionais da imprensa e os cidadãos civis na época da Ditadura Militar no Brasil.

Precisamente no ano de 2009, é criado o Instituto Vladimir Herzog pela família e pelos amigos de *Vlado*, seu nome de nascimento e carinhosamente chamado pelas pessoas que valorizam e exaltam o seu legado no Jornalismo brasileiro e mundial. Uma vez que, a presente instituição vem a honrar a Democracia, os Direitos Humanos e a Liberdade de Expressão, valores que ele tanto defendia e contar a sua história é uma forma de lutar, resistir e contribuir para uma sociedade mais justa e democrática.

3. O Papel das Organizações Internacionais e dos Direitos Humanos na Liberdade de Expressão no Brasil e no Mundo

Historicamente, o papel das organizações internacionais e dos Direitos Humanos na liberdade de expressão no Brasil e no mundo remete diretamente à

própria máxima de que a aliadas às novas tecnologias no cenário contemporâneo produzem mudanças sociais e organizacionais. Para Briggs (2004, p. 194), “Houve mais mudanças do que continuidade na educação e no entretenimento durante os Séculos XIX e XX. A maioria delas é explicável em termos econômicos e sociais, desde que se incorpore na análise a tecnologia, tratada como uma atividade social, envolvendo pessoas, produtos e patentes. A tecnologia requer e produz mudanças sociais e organizacionais. Naturalmente há diferenças estruturais, por meios de comunicação distintos desenvolveram instituições próprias.”

Todavia, é importante contextualizar o papel das organizações internacionais e o seu devido papel na sociedade contemporânea através da evolução da tecnologia e as respectivas mudanças na realidade, também mediante os aspectos positivos nas iniciativas e resoluções internacionais que condenam a censura e promovem a liberdade de expressão, sobretudo no trabalho das organizações não-governamentais que apoiam e oferecem suporte aos jornalistas que estão em risco em coberturas jornalísticas em áreas de guerra e que promovem a transparência e o acesso à informação, principalmente no cenário de Censura e Controle da Comunicação Social no Brasil e mundialmente.

4. Censura e Controle da Comunicação Social no Contexto Mundial

A Censura e o Controle da Comunicação Social vem a descrever métodos como a criação de leis restritivas, a propriedade estatal dos meios de comunicação, o uso de propaganda, a manipulação de informações *online* e a repressão direta de jornalistas. Exemplos contemporâneos de regimes que empregam essas táticas correspondem à retrospectiva histórica realizada pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços do Governo Federal do Brasil, através da reportagem *Censura nos Meios de Comunicação* (A Imprensa foi alvo da Censura durante a Ditadura instaurada pelo Golpe Civil-Militar de 1964), especialmente “Tratando-se, por princípio, de violação à liberdade de expressão, direito essencial e elementar da democracia, atingiu a imprensa de maneira diferenciada uma vez que o termo refere-se a um conjunto muito amplo e variado de órgãos de informação.”

Assim, se a censura serviu para cercear periódicos de grande circulação como Última Hora e Correio da Manhã e os da imprensa alternativa ou nanica, como Opinião, Movimento, Em Tempo, Pasquim, igualmente foi útil a muitos outros para calar aqueles que veiculavam posições contrárias ao regime e/ou à ordem capitalista. A censura, assim, desempenhou papel fundamental na implantação e na consolidação da ditadura, silenciando uns e servindo a outros. Houve abençoados pela censura que construíram impérios de comunicações. Lembrar os jornalistas que resistiram ao arbítrio não pode implicar no esquecimento daqueles – jornalistas e jornais – que estiveram a favor do arbítrio, louvando em suas páginas os grandes feitos dos militares, suas conquistas econômicas e a pacificação do país, celebrando a eliminação dos terroristas e dos maus brasileiros que ameaçavam a ordem e o progresso. (Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços do Governo Federal do Brasil, *Censura nos Meios de Comunicação*, 2022).

Principalmente nos dias atuais, a Censura e o Controle da Comunicação Social repercutem também nos meios de comunicação inseridos no contexto digital, no ambiente da *World Wide Web*, precisamente ao tratar de assuntos nos quais possam se referir à política, economia, divergências de opinião acerca de questões sociais, culturais, religiosas e também com a ocorrência dos conflitos armados e das guerras em alguns países do Oriente Médio. Portanto, é visto que tais opiniões e palavras permanecem recorrentes na maior parte da grande imprensa, não apenas exclusivamente devido à Censura, mas, principalmente, porque seus editores e conglomerados de comunicação restringem e manipulam as informações de acordo com interesses próprios, também no contexto da *World Wide Web*.

5. Estratégias de Resistência da Sociedade Civil: *O Legado da World Wide Web*:

Atualmente, é interessante mencionar algumas estratégias de resistência na sociedade civil, principalmente os exemplos das atividades jornalísticas e o uso das plataformas digitais alternativas, *whistleblowers* e outras formas de resistência, sobretudo os casos específicos onde a sociedade civil vem a considerar o direito à liberdade de expressão, opinião e a liberdade de imprensa no cenário da *web* e das novas tecnologias durante o Século XX e o Século XXI, que Segundo Briggs (2004, p. 312), “a ecologia de uma rede mundial *World Wide Web (www)* tinha se alterado, não de base nos Estados Unidos, mas a partir do CERN, um instituto europeu de pesquisa de física de partículas, instalado nas montanhas da Suíça, onde um inglês, *Tim Berners-Lee*, imaginou o que chamou de “*world wide web*” em 1989.”

Semelhante à mídia – e pela mídia – ela oferecia informação, entretenimento e educação. Ao contrário de tudo isso, porém, cresceria a partir de baixo, sem direcionamento por parte do governo. Isso era um atrativo, mesmo para os críticos. Mas poderia a *Internet* continuar assim? Para *Benjamim Parker*, escritor norte-americano com uma autodeclarada “paixão pela democracia”, estavam surgindo novos titãs das telecomunicações, ansiosos para exercer “controle monopolístico, não somente sobre bens materiais, como carvão, petróleo, aço e ferrovias, mas sobre os instrumentos essenciais de poder de uma civilização baseada em informação.” (Briggs, 2004, p. 313).

Ademais, existem várias estratégias de resistência da sociedade civil em exercer o direito à liberdade de expressão, opinião e de imprensa nos meios de comunicação, predominantemente no ambiente digital e que segundo Dalmonte

(2009, p. 27), “os meios de comunicação de massa em sua prática, vivem situação plena de concorrência. O principal alvo de disputa concentra-se em torno da audiência (...) No âmbito da comunicação de massa, em que produzir conteúdos é seguir uma série de constrangimentos que, em larga escala, são os ditames da concorrência, a questão fundamental é o estabelecimento de marcas discursivas específicas. Logo, compete aos veículos de comunicação estabelecer parâmetros para esse elo, que devem ser frequentemente avaliados e reposicionados. Essa capacidade de renovação é que define não apenas o estabelecimento de um público, mas também sua ampliação e diminuição.” Especialmente no tocante à realidade dos preceitos acerca da Estrutura Legal e Jurídica da Censura na Era da Informação.

6. Estrutura Legal e Jurídica da Censura na Era da Informação

A estrutura legal e jurídica da censura na era da informação, inicialmente necessita ser compreendida a partir da realidade dos regimes não democráticos, onde a censura é normalmente suportada por uma série de leis internas que permitem ao respectivo regime controlar a forma como a informação é distribuída e como pode eliminar a liberdade de expressão.

Apesar da liberdade de expressão ser um dos princípios dos Direitos Humanos, e como tal a censura uma prática contrária a esse mesmo princípio, os regimes autocráticos e autoritários utilizam o seu direito nacional como justificação para tais atos, utilizando uma estrutura legal e jurídica sofisticada que possibilita a criação de leis que criminalizam a dissidência e o jornalismo independente. Portanto, para Bravo (2021, p. 81), “A liberdade de expressão é reconhecida, desde há muito, como um dos mais importantes direitos humanos, em si mesma e enquanto fundamento de outros direitos e liberdades democráticos.”

No direito internacional, a liberdade de expressão encontra-se consagrada num conjunto de significativos instrumentos internacionais e regionais do sistemas de direitos humanos – no Art. 19º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no 13º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

(CADH), no Art. 9º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e no Art. 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Foi já pertinentemente observado que, se o direito à liberdade de expressão fosse garantido, os demais direitos civis e políticos seriam redundantes. Existem três razões principais pelas quais a liberdade de expressão é vista como importante em diversas épocas e geografias. (BRAVO, p. 82).

Mediante o ensinamento de Bravo (2021, p. 85), há o Regulamento Geral de Proteção de Dados), porém, “faltando saber, em rigor, qual o impacto e as consequências de tal instrumento. São, aliás, os receios da transferência e controle crescente das grandes plataformas de Inteligência não biológica e de interconexão de bases de dados pessoais (*Big Data*) para o domínio de entidades privadas que enfraquecem o papel dos reguladores estaduais e potenciam dificuldades acrescidas na produção de prova digital em processos judiciais, reduzindo o papel e a capacidade de atuação das entidades de investigação criminal.” Essencialmente, no tocante à legislação nacional e o controle de informação no Brasil e mundialmente.

6.1 Legislação Nacional e o Controle da Informação

Os regimes não democráticos usam a legislação a seu favor, criam leis com termos vagos e abrangentes, contrariamente ao que uma lei deve de ser, permitindo assim, que o governo tenha uma ampla discricionariedade na sua aplicação. São vários os exemplos que poderíamos citar sobre a tática de criminalização do jornalismo independente em regimes não democráticos, iremos, no entanto, apresentar apenas alguns exemplos.

O Egito, justifica a prisão de jornalistas e ativistas com base legal na sua Lei Antiterrorismo de 2015, defendendo que as ações destes elementos “prejudicam

a segurança nacional”¹⁴ , ou seja, a norma encontra-se escrita de uma forma que permite ao Estado, sob um pretexto maior, o de proteger a ordem pública e os seus cidadãos, silenciar críticas e opositores.

O regime de Vladimir Putin, na Rússia, implementou uma lei semelhante em 2012, a Lei de “Agentes Estrangeiros”, que exige que as organizações não governamentais que recebam apoio estrangeiro sejam registadas como agentes estrangeiros. O Estado Russo tem usado esta lei para desacreditar, reprimir e prender os elementos das organizações de comunicação social independente, sendo que os mesmos se encontram severamente limitados não só de operar em território russo, como de informar o público.¹⁵

A China, por exemplo, promulgou em 2020, a Lei de Segurança Nacional de Hong Kong que ampliou os poderes do governo para reprimir a liberdade de expressão. Na lei, encontram-se expressões como atos considerados "subversivos" ou "separatistas" e que permite ao governo perseguir e prender jornalistas e cidadãos. Ora, tais termos são vagos e podem ser aplicados a diversidade de atos, inclusive à liberdade de expressão ou reportagens críticas sobre o governo¹⁶.

Por último, o exemplo da Lei de Imprensa e Publicações de 2009 de Myanmar, que permite ao governo controlar rigorosamente todas as publicações no país. Com esta lei o estado garante que todos os meios de comunicação se registem no Ministério da Informação e sejam obrigados a ter o seu conteúdo previamente revisto antes de publicado, caso contrário, serão sancionados penalmente (os jornalistas) e o veículo de comunicação encerrado.¹⁷

Nos regimes não democráticos o poder judiciário desempenha um papel crucial na implementação da censura. Normalmente os tribunais encontram-se

¹⁴ Tadros, M. (2016). *Resistance, Revolt, and Gender Justice in Egypt*. Syracuse University Press.

¹⁵ Zorkin, V. D. (2014). *Russian Constitutional Law: The Foundation of a Rule-of-Law State*. International Journal of Constitutional Law, 12(3), pp. 370-392.

¹⁶ Cheung, A. S. Y. (2020). *The Hong Kong National Security Law and Its Impact on Press Freedom*. Asian Journal of Comparative Law, 15(2), pp. 283-303.

¹⁷ Walton, M. J. (2016). *The Institutionalization of Press Control in Myanmar*. Pacific Affairs, 89(1), pp. 65-85.

subordinados ao poder executivo e como tal os governos usam-nos para sancionar jornalistas e meios de comunicação críticos. A Turquia usa os tribunais e os processos criminais contra os jornalistas para evitar que estes realizem reportagens sobre temas como a corrupção ou direitos de minorias. A interpretação que os tribunais têm dado a "difamação do presidente" ou a "insulto à nação" tem resultado em penas de prisão, o que resulta num clima de medo e de repressão.¹⁸

A Venezuela tem utilizado o sistema judiciário para perseguir jornalistas e os meios de comunicação social. o governo de Nicolás Maduro usa a Lei Contra o Ódio, aprovada em 2017, para justificar a prisão de jornalistas, porque os julga e” condena” como incitadores de ódio. Sendo que aplicação desta é arbitrária, com penas de até 20 anos de prisão, criando um ambiente de medo e de vários jornalistas no exílio.¹⁹

A Arábia Saudita, que controla o poder judicial, e com base no combate ao terrorismo, criou em 2017 a Lei Antiterrorismo de 2017 que permite ao governo deter cidadãos que "insultem a reputação do Estado" ou "prejudiquem a segurança nacional", categorias amplas que frequentemente são usadas para justificar a prisão de ativistas e de jornalistas que criticam o governo. Sendo que normalmente, estas detenções e julgamentos resultam em penas de severas, de longos anos de prisão e, em alguns casos, a pena de morte.²⁰

6.2 Instrumentos Internacionais e a Justificação da Censura: Violações aos Direitos Humanos

Alguns regimes autoritários e não democráticos usam o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) para tentar justificar o uso da censura. Isto porque apesar de o PIDCP defender e proteger a liberdade de expressão ele apresenta, algumas exceções, permitindo alguns casos de restrições dessa liberdade,

¹⁸ Özbudun, E. (2015). *The Decline of the Turkish Democracy: The Role of the Judiciary*. Turkish Studies, 16(1), pp. 139-155.

¹⁹ Malmström, C. (2019). *Venezuela and the Law Against Hatred: Repression and Censorship in the Bolivarian Republic*. Latin American Perspectives, 46(6), pp. 122-136

²⁰ Al-Ahmed, A. (2020). *The Repressive Legislation and the Saudi Judiciary*. Middle East Policy, 27(1), pp. 102-118.

nos casos em que a segurança nacional ou a ordem pública estejam em risco. Ora, este tipo de regimes distorcem os princípios do direito internacional, e fazem uma deturpada destas exceções para as poder aplicar.²¹

Um exemplo desta situação, é o governo de Alexander Lukashenko, na Bielorrússia, que faz uma interpretação distorcida do PIDCP para justificar a repressão à imprensa. Para poder impor as severas restrições à liberdade de imprensa, alegou que existia uma necessidade de preservar a estabilidade nacional e a ordem pública, tendo inclusive criminalizado as críticas ao Estado e o bloqueio de sites de notícias independentes.²²

O Vietnã é outro dos países que utiliza o PIDCP, em especial o artigo 19²³, para poder aplicar restrições à liberdade de expressão e a repressão e detenção de jornalistas e ativistas, utilizando o argumento da segurança nacional e da ordem pública, no entanto, tais argumentos são facilmente justificados como pretextos para suprimir a discrepância²⁴. Mundialmente, há vários relatos acerca da censura e da liberdade de expressão como um instrumento contra vários direitos humanos, também atinente aos poderes políticos para introduzir restrições cada vez maiores, as proibições, os silenciamentos, também o direito a não ser incluído nas plataformas digitais, o direito ao esquecimento, o direito à identidade, à cibersegurança, à da liberdade de expressão aliada aos direitos à privacidade, à honra e à imagem na era digital do Século XXI.

Considerações Finais

Atualmente e durante várias décadas, a Criminologia e os Direitos Humanos vem a abordar diversos aspectos relacionados à censura, nos seus variados formatos

²¹ McGoldrick, D. (2013). *The Interface Between Public International Law and Constitutional Law*. Cambridge University Press.

²² Marples, D. R. (2020). *The Repression of the Media in Belarus: An Analysis of Legal and Extra-Legal Mechanisms*. East European Politics, 36(1), pp.44-63.

²³ Sidel, M. (2016). *Viet Nam and the Debate on Freedom of Expression under International Law*. Human Rights Quarterly, 38(2), 412-435

²⁴ *Ibid*

ao longo da história, que infelizmente permanece como uma poderosa ferramenta de controle e opressão. Ao fazermos um estudo comparativo internacional, especialmente entre o Brasil e Portugal revelam-se não apenas as semelhanças entre os regimes autoritários, mas também as lições duramente aprendidas pelas sociedades que os vivenciaram. Contudo, num mundo cada vez mais digitalizado e interconectado, onde a informação circula a uma velocidade sem precedentes, cabe questionar: como garantir a liberdade de imprensa num cenário global em que as novas tecnologias de informação podem ser tanto um veículo de emancipação quanto de controle?

O Direito Internacional estará preparado para responder às ameaças contemporâneas à liberdade de expressão, ou a sua estrutura permanece presa às limitações do século passado? Ao olharmos para o futuro, será que as democracias estão a criar mecanismos suficientemente robustos para proteger a Liberdade de Imprensa frente a regimes que se adaptam com uma velocidade impressionante às novas realidades tecnológicas?

Portanto, tais perguntas, mais do que oferecer respostas prontas, convidam à reflexão contínua sobre o papel dos Direitos Humanos e do direito à liberdade de expressão na nossa sociedade global. Seremos capazes, enquanto comunidade internacional, de resistir às forças que buscam silenciar as vozes dissidentes, ou estamos destinados a ver a história repetir-se, ainda que sob novos formatos?

Em tempos de polarização crescente, o papel dos jornalistas e dos meios de comunicação independentes torna-se mais essenciais do que nunca. No entanto, será que estes profissionais estão verdadeiramente protegidos pelas normas jurídicas internacionais, ou são vulneráveis a interpretações arbitrárias de regimes que manipulam o direito em nome da "segurança nacional"? A proteção da Liberdade de Imprensa, mais do que uma garantia formal, exige uma vigilância constante da sociedade civil e das instituições internacionais, sob pena de nos vermos imersos numa nova era de censura digital, disfarçada de regulamentação.

Finalmente, de que nos serve uma Democracia se a sua Comunicação Social não for livre? Esta questão persiste como um eco na evolução dos direitos humanos. O direito à informação, quando cercado e amordaçado, torna-se o primeiro passo na erosão das liberdades civis. Estaremos dispostos a assistir, passivamente, à normalização da censura sob pretextos de estabilidade ou segurança? A reflexão que deixamos é, portanto, um apelo à ação e ao reforço dos pilares que sustentam as sociedades livres no contexto global.

Referências Bibliográficas

A. Fernandes, *História da Censura em Portugal* (Edições 70, 2003).

Al-Ahmed, A. (2020). *The Repressive Legislation and the Saudi Judiciary*. Middle East Policy, 27(1), pp. 102-118.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Liberdade de Expressão na Era Digital: A Reconfiguração de um Direito Humano?* R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 81-95, Jan.-Mar. 2021. Consultado em 01 de Outubro de 2024: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v23_n1/revista_v23_n1_81.pdf

BRIGGS, Asa. *Uma História Social da Mídia: De Gutenberg à Internet*. (Asa Briggs e Peter Burke). Tradução Maria Carmelita Pádua Dias; Revisão Técnica Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.

Cheung, A. S. Y. (2020). *The Hong Kong National Security Law and Its Impact on Press Freedom*. Asian Journal of Comparative Law, 15(2)

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Herzog e Outros Vs. Brasil* (Sentença de 15 de Março de 2018 – Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Consultado

em 08 de Agosto de 2024:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf

DALMONTE, Edson Fernando. *Pensar o Discurso no Webjornalismo: Temporalidade, Paratexto e Comunidades de Experiência*. Salvador: EDUFBA, 2009.

G. King, J. Pan e M. Roberts, "How Censorship in China Allows Government Criticism but Silences Collective Expression" (2013), 107(2) *American Political Science Review*.

Instituto Vladimir Herzog. *O Caso Herzog*. Consultado em 08 de Agosto de 2024: <https://vladimirherzog.org/casoherzog/>

J. Cardoso, *Direitos Humanos e Liberdade de Imprensa em Contextos Autoritários* (Coimbra Editora, 2017)

Marples, D. R. (2020). *The Repression of the Media in Belarus: An Analysis of Legal and Extra-Legal Mechanisms*. *East European Politics*, 36(1), pp.44-63.

Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços. Governo Federal do Brasil. *Censura nos Meios de Comunicação* (A Imprensa foi alvo da Censura durante a Ditadura instaurada pelo Golpe Civil-Militar de 1964, que assumiu múltiplas formas: A Lei da Imprensa de 1967, a Censura Prévia, em 1970, a Autocensura). Reportagem publicada em 07/04/2022 e Atualizada em 28/04/2022. Consultada em 30 de Setembro de 2024: <https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/destaques/censura-nos-meios-de-comunicacao>

N. Ribeiro, *O Estado Novo e a Censura: A Construção de uma Ideologia Nacionalista* (Campo das Letras, 2014).

Özbudun, E. (2015). *The Decline of the Turkish Democracy: The Role of the Judiciary*. *Turkish Studies*, 16(1)

P. French, *North Korea: The Paranoid Peninsula* (Zed Books, 2007).

P. Gomes, *Liberdade de Imprensa e Direitos Humanos: Um Ensaio* (Almedina, 2018).

RAHYAB, Susan, *Censorship and Book-Burning in Imperial Rome and Egypt* (2020). CUNY Academic Works. Consultado em 01 de Setembro de 2024: https://academicworks.cuny.edu/hc_sas_etds/599

R. Conquest, *The Great Terror: A Reassessment* (Oxford University Press, 1991).

RJ. Evans, *The Third Reich in Power* (Penguin Books, 2008).

R. Sakwa, *Putin and the Oligarchs: The Power Dynamics in Modern Russia* (I.B. Tauris, 2020).

Tadros, M. (2016). *Resistance, Revolt, and Gender Justice in Egypt*. Syracuse University Press

TE. Skidmore, *The Politics of Military Rule in Brazil, 1964-1985* (Oxford University Press, 1988).

Zorkin, V. D. (2014). *Russian Constitutional Law: The Foundation of a Rule-of-Law State*. International Journal of Constitutional Law, 12(3)

Walton, M. J. (2016). *The Institutionalization of Press Control in Myanmar*. *Pacific Affairs*, 89(1).

DINÂMICAS DE TRANSFORMAÇÃO URBANA: UMA ANÁLISE PRELIMINAR DOS CONCEITOS DE GENTRIFICAÇÃO

Dynamics of Urban Transformation: A Preliminary Analysis of Gentrification Concepts

Anny Caroline Sloboda Anese¹

Universidad Del Museo Social Argentino

Paulo Junior Trindade dos Santos

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

DOI: <https://doi.org/10.62140/AAPS3962025>

Sumário: 1. Introdução: os conceitos e concepções preliminares sobre a fenomenologia da gentrificação; 2. A Gênese e a construção dos conceitos de gentrificação; 3. Precedentes históricos; 4. A gentrificação como um paradigma global; 5. Conclusão.

Resumo: Este artigo analisa a fenomenologia da gentrificação como um dos processos mais marcantes de reconfiguração urbana nas últimas décadas, enfatizando suas bases conceituais e implicações socioeconômicas. Partindo da abordagem teórica cunhada por Ruth Glass e aprofundada por autores como Neil Smith, Sharon Zukin

¹Mestranda em Direito pela Universidade de Marília; Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Oeste de Santa Catarina (UNOESC); Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino; Especialista em Direito Público, Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera Uniderp; Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Tabeliã e Registradora Titular da Serventia de Santa Rita do Trivelato/MT. Interina do Cartório do 2º Ofício de Nova Mutum/MT. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6080-3209>

e David Harvey, entre outros, o estudo examina os fatores históricos, econômicos e políticos que impulsionam a substituição de populações tradicionais em espaços urbanos por grupos mais abastados, revelando a mercantilização do solo urbano e as desigualdades dela decorrentes. A investigação adota uma metodologia qualitativa, exploratória e bibliográfica, com o objetivo de analisar os conceitos centrais da gentrificação, traçar seus precedentes históricos e situá-la como um paradigma global. Os resultados destacam a centralidade das políticas públicas e dos interesses mercadológicos na perpetuação desse fenômeno, assim como seus impactos na exclusão territorial e no enfraquecimento de laços comunitários. Conclui-se que a gentrificação, embora frequentemente associada à revitalização urbana, constitui um desafio ético e jurídico, demandando políticas inclusivas e estudos interdisciplinares que promovam o direito à cidade e a justiça espacial.

Palavras-chave: gentrificação; conceitos; cidades; urbanização.

Abstract: This article analyzes the phenomenology of gentrification as one of the most striking processes of urban reconfiguration in recent decades, emphasizing its conceptual foundations and socioeconomic implications. Drawing on the theoretical approach coined by Ruth Glass and further developed by authors such as Neil Smith, Sharon Zukin, and David Harvey, among others, the study examines the historical, economic, and political factors driving the replacement of traditional populations in urban spaces by wealthier groups, exposing the commodification of urban land and its resulting inequalities. The research adopts a qualitative, exploratory, and bibliographic methodology to analyze the central concepts of gentrification, trace its historical precedents, and situate it as a global paradigm. The findings highlight the central role of public policies and market interests in perpetuating this phenomenon, as well as its impacts on territorial exclusion and the weakening of community ties. It concludes that gentrification, although often associated with urban revitalization, represents an ethical and legal challenge, demanding inclusive policies and interdisciplinary studies that promote the right to the city and spatial justice.

Keywords: gentrification; concepts; cities; urbanization.

1. Introdução: Os Conceitos e Concepções Preliminares Sobre a Fenomenologia da Gentrificação

O fenômeno da gentrificação constitui-se, nas últimas décadas, como um dos mais instigantes processos de transformação dos espaços urbanos. Oriundo das complexas interações entre fatores econômicos, sociais e culturais, o termo, cunhado pela socióloga Ruth Glass (1964) em meados do século XX, atinente à substituição de populações tradicionais em determinados bairros por estratos sociais mais abastados, incitada por políticas urbanísticas e interesses mercadológicos.

Tal dinâmica, embora muitas vezes adjunta à revitalização de áreas degradadas, acarreta a exclusão e o deslocamento compulsório de moradores originários, desestruturando laços comunitários e alterando identidades territoriais. O processo desnuda um dilema capital das cidades contemporâneas: o embate entre o desenvolvimento econômico e o direito à permanência nos espaços urbanos.

Diante desse contexto, a presente pesquisa interroga: Quais os fundamentos conceituais do processo de gentrificação nos espaços urbanos?. Para responder a essa indagação, propõe-se a seguinte hipótese: a gentrificação constitui um processo amplo, cujas origens estão enraizadas em políticas públicas voltadas à mercantilização do solo urbano e que, em sua essência, perpetuam desigualdades socioeconômicas.

A escolha do tema se justifica tanto pela relevância acadêmica quanto pela pertinência social. No campo científico, a análise da gentrificação ilumina a compreensão de transformações urbanas contemporâneas, enriquecendo os estudos críticos sobre o espaço urbano e o direito à cidade. Em termos sociais, o fenômeno exige reflexão acerca da responsabilidade do Estado e da sociedade civil em assegurar a inclusão territorial, configurando um tema de interesse transversal e interdisciplinar.

O objetivo geral deste estudo é analisar, sob uma perspectiva preliminar, os conceitos de gentrificação e suas implicações nas dinâmicas urbanas. Para tanto,

propõem-se os seguintes objetivos específicos: (i) examinar a evolução histórica e teórica do conceito de gentrificação, identificando suas origens e transformações ao longo do tempo; (ii) identificar os mecanismos sociais, econômicos e políticos que propiciam e perpetuam o processo de gentrificação;

O estudo adota uma abordagem qualitativa, de caráter exploratório, fundamentada em revisão bibliográfica. A investigação concentra-se em obras clássicas e contemporâneas sobre gentrificação, que delineiam as diretrizes políticas e sociais envolvidas no fenômeno.

Espera-se, destarte, contribuir para o entendimento discursivo-teórico sobre a gentrificação, ampliando a compreensão de seus aspectos conceituais e proporcionando uma base para estudos futuros que investiguem o impacto concreto do fenômeno em contextos urbanos específicos. Acredita-se, ainda, que a pesquisa possa fomentar debates interdisciplinares sobre as responsabilidades éticas e jurídicas na construção de cidades mais inclusivas e equitativas.

2. A Gênese e a Construção dos Conceitos de Gentrificação

De acordo com Pereira (2014), a reflexão contemporânea do conceito de gentrificação e sua potencial contribuição para interpretar a dinâmica de produção do espaço urbano na atualidade apresenta alguns desafios. O primeiro consiste em definir com precisão o que se entende por gentrificação, um termo que já foi considerado um conceito "caótico" devido à multiplicidade de significados que arregimentou ao longo do tempo.

O termo "gentrificação" tornou-se uma categoria central para se pensar as transformações vivenciadas nas cidades contemporâneas. Presente em textos acadêmicos, discursos de ativistas e movimentos sociais, e até mesmo em materiais publicitários de agentes do mercado, pode-se dizer que a consciência acerca da difusão do processo representado por essa expressão tornou-se um fenômeno generalizado. A

despeito dos diferentes entendimentos quanto às forças motrizes, à dinâmica e ao sentido das transformações urbanas que vêm sendo chamadas de "gentrificação", a expressiva difusão do uso desse termo evidencia por si só uma convergência na percepção de um fenômeno que vem assumindo características semelhantes em diferentes contextos geográficos (Pereira, 2014, p. 308).

O emprego indiscriminado dessa expressão para designar qualquer processo de transformação espacial marcado pela exclusão social – embora possa ser útil como recurso argumentativo – tende a obscurecer suas particularidades, comprometendo sua eficácia enquanto ferramenta analítica (Zukin, 1982).

O conceito de gentrificação, amplamente debatido na literatura urbanística, foi inicialmente introduzido por Ruth Glass (1964), que o utilizou para descrever a substituição de classes trabalhadoras por grupos de maior poder aquisitivo em áreas centrais de Londres. A partir desse marco teórico, o fenômeno passou a ser objeto de estudos críticos em contextos urbanos globais, caracterizando-se como um processo intrinsecamente ligado à reorganização socioespacial e às dinâmicas de acumulação capitalista.

Consoante Rangel (2015, p. 40), “gentrificação, então, designava as mudanças estruturais ocorridas em bairros centrais de Londres, os quais eram antes habitados pelas classes trabalhadoras e passavam a ser “invasidos” pela classe média”. A pesquisadora, em seu estudo, debate de forma veemente o esvaziamento do referido conceito.

Neil Smith (1979) aprimorou essa perspectiva ao associar a gentrificação à chamada “produção de espaço” e ao deslocamento forçado de populações vulneráveis, destacando a interseção entre interesses econômicos e políticas públicas.

A construção do conceito reflete a complexidade do fenômeno, que abrange dimensões econômicas, culturais e sociais. Enquanto Catherine Bidou-Zachariassen

(2006) analisou a gentrificação sob a ótica das práticas culturais e simbólicas, enfatizando a ressignificação dos espaços urbanos por novos grupos residentes, Sharon Zukin (1982) explorou o papel da estética e da indústria cultural na legitimação desses processos, especialmente em cidades marcadas por uma intensa mercantilização do espaço.

Para Ribeiro (2018), é imprescindível abordar o conceito de gentrificação resgatando as conexões intrínsecas entre o capitalismo e o espaço urbano. Historicamente, as transformações territoriais e populacionais, incluindo os processos de gentrificação observados a partir da década de 1960, estão profundamente vinculadas às demandas do capital em diferentes partes do mundo.

De fato, as cidades, em sua conformação atual, refletem diretamente a dinâmica capitalista que se consolidou, de forma mais acentuada, a partir da Revolução Industrial. Assim, a relação entre o capitalismo e o espaço urbano se manifesta de maneira estreita e multifacetada ao longo dos distintos períodos históricos (Ribeiro, 2018).

Henri Lefebvre (2006; 2009) trouxe uma contribuição essencial ao conceber o espaço urbano como um produto social, no qual as forças de mercado moldam a dinâmica de exclusão territorial. Para ele, a gentrificação não é apenas um reflexo das relações econômicas, mas também um instrumento de controle social e reprodução de desigualdades estruturais.

David Harvey (2005) complementa essa abordagem ao situar o fenômeno no âmbito das crises do capitalismo, argumentando que a urbanização e a gentrificação constituem estratégias para a absorção do excedente de capital por meio de transformações no espaço construído.

A gênese do conceito evidencia que a gentrificação não é um processo natural ou espontâneo, mas resulta de intervenções deliberadas que visam remodelar o espaço urbano segundo interesses específicos. Nesse sentido, ela não se restringe à substituição populacional, mas também engloba a destruição de identidades culturais

e a fragmentação de redes comunitárias. Assim, o fenômeno pode ser entendido como um mecanismo de acumulação por desapossamento, conforme elucidado por Harvey (2005), em que os moradores originários são despojados de seus direitos à cidade em prol da valorização imobiliária.

Nesta acepção, o construto conceitual da gentrificação enseja o debruçar crítico sobre as múltiplas forças que a engendram. As contribuições teóricas dos autores supracitados oferecem um arcabouço indispensável para compreender como esse fenômeno opera, perpetuando desigualdades sociais e reforçando dinâmicas de exclusão nos centros urbanos contemporâneos.

3. Precedentes Históricos

A análise dos antecedentes históricos da gentrificação revela suas origens em processos que remontam às transformações econômicas e sociais das cidades no final do século XIX e início do século XX. Embora o termo tenha sido formalizado apenas em 1964 por Ruth Glass, os elementos que compõem o fenômeno já estavam presentes em ações de reestruturação urbana em grandes centros europeus, como Londres e Paris, e em cidades norte-americanas como Nova York. Essas transformações foram catalisadas pelo advento da Revolução Industrial, que intensificou a urbanização, exacerbando consigo a segregação socioespacial (Alcântara, 2018).

A reconfiguração de áreas centrais durante o Haussmannismo, em Paris, é constantemente alegada como um advento precursor da gentrificação. Sob a liderança de Georges-Eugène Haussmann, a cidade foi reestruturada para atender às demandas da burguesia emergente, resultando no deslocamento de comunidades operárias para as periferias (Alcântara, 2018).

Apesar de que o projeto fosse apresentado como uma modernização urbana, seu subtexto revelava o objetivo de garantir o controle social e a valorização imobiliária. David Harvey (2014) observa que essa prática já evidenciava os princípios de acumulação por desapossamento, que se tornariam característicos dos processos de gentrificação.

Nos Estados Unidos, a reestruturação urbana durante o período pós-Segunda Guerra Mundial forneceu outro exemplo emblemático. A demolição de bairros populares para construção de rodovias e projetos de “renovação urbana” tangenciou a paisagem urbana e deslocou milhares de famílias de baixa renda. Neil Smith (1979) argumenta que esses processos foram catalisados pelo declínio econômico das áreas centrais e pela subsequente busca por novas oportunidades de investimento no setor imobiliário.

No Brasil, embora a gentrificação tenha ganhado maior relevância a partir dos anos 1990, processos similares podem ser identificados nas reformas urbanas promovidas no início do século XX, como as intervenções realizadas no Rio de Janeiro por Pereira Passos. Inspiradas pelo modelo parisiense, tais reformas também priorizaram a valorização do espaço central, relegando as classes trabalhadoras a zonas periféricas (Wacquant, 2010).

Nesse escrutínio, observa-se que a gentrificação não é um fenômeno exclusivamente contemporâneo, mas um processo recorrente, adaptado às condições econômicas e culturais de cada época. Sua reconfiguração histórica permite apreender como os interesses do capital consubstanciam as dinâmicas urbanas, consolidando desigualdades estruturais e transformando os direitos à cidade em mercadorias a serem disputadas.

4. A Gentrificação como um Paradigma Global

Hodiernamente, a gentrificação consolidou-se como um paradigma global, moldando as dinâmicas urbanas em cidades de diferentes continentes. Se inicialmente o fenômeno estava restrito a áreas específicas, sua expansão nas últimas décadas reflete a globalização das dinâmicas de mercado e a crescente mercantilização do espaço urbano (Wacquant, 2010).

Neil Smith (1996) destaca que a gentrificação deixou de ser um processo localizado para se transformar em uma estratégia global de acumulação capitalista, inserida na lógica neoliberal que rege as políticas urbanas. A descrita expansão global tem como uma de suas características centrais a adoção de políticas públicas que

promovem a valorização imobiliária como instrumento de desenvolvimento econômico.

Harvey (2005) observa que as cidades competem entre si para atrair investimentos, transformando-se em “mercadorias” no mercado global. Nesse viés, a gentrificação é utilizada como uma ferramenta para reconfigurar áreas urbanas, atrair classes médias e altas e impulsionar o setor imobiliário, frequentemente em detrimento das populações mais vulneráveis.

Neste cenário, há uma percepção de que o termo gentrificação ganhou diversos “sinônimos”, como remoção branca, elitização, enobrecimento, etc., termos muitas vezes mais antigos, utilizados em debates e textos de forma equiparada à gentrificação, para se referir a um plexo de fenômenos diversos que vão desde as mudanças de frequentadores em determinada localidade até a remoção de moradores para intervenções de embelezamento urbano, sem maiores reflexões sobre os sentidos individuais destas referências e sua adequação à realidade fática a qual pretende-se subsumi-las. Mais que um conceito, a palavra “gentrificação” expressa um processo social, econômico e espacial que vai muito além da saída de moradores ocasionada pelas forças do capital, ou ainda da reforma de espaços físicos na cidade (Ribeiro, 2018, p. 1335).

Wacquant (2010) pontua que a gentrificação globalizada também assume formas variadas, adaptando-se às especificidades culturais, econômicas e políticas de cada localidade. Enquanto em cidades do hemisfério norte, como Nova York e Londres, ela é frequentemente associada à revitalização de áreas industriais abandonadas, em países do hemisfério sul, como o Brasil, o fenômeno é frequentemente vinculado a megaprojetos urbanos, como os preparativos para grandes eventos esportivos.

Sharon Zukin (1982) argumenta que essas variações refletem não apenas as condições locais, mas também as dinâmicas culturais que legitimam a transformação dos espaços urbanos em produtos de consumo simbólico. Além disso, para Harvey (2014), a gentrificação como paradigma global exacerba as desigualdades socioeconômicas, desafiando o direito à cidade enquanto princípio universal.

Lefebvre (2006) alerta que o espaço urbano, em sua dimensão social, deve ser acessível a todos, mas a gentrificação frequentemente nega esse direito ao subordinar o uso do espaço aos interesses do capital. Tal processo perpetua a exclusão territorial e contribui para o aprofundamento da segregação socioespacial.

Ainda Lefebvre (2009) introduziu o conceito de "direito à cidade", no qual esse direito é um direito coletivo e difuso, que deve ser exercido por todos os habitantes de uma cidade, independentemente de classe social, etnia ou gênero. Por outro lado, a gentrificação é um processo de transformação de áreas urbanas que leva ao encarecimento do custo de vida e à expulsão de antigos moradores, cooperando diretamente para o aumento da desigualdade.

A perspectiva da gentrificação enquanto paradigma global exige a articulação de perspectivas teóricas e empíricas, que considerem tanto suas especificidades locais quanto suas interconexões globais, hábeis a promover o vislumbre dos desafios e possibilidades para a construção de cidades mais justas, onde o espaço urbano não seja meramente um objeto de acumulação, mas um bem comum que promova a equidade e a inclusão.

5. Conclusão

A fenomenologia da gentrificação, analisada sob uma perspectiva conceitual, transcende o mero reordenamento espacial para revelar as profundas disparidades socioeconômicas e as contradições do modelo de desenvolvimento urbano contemporâneo. O objetivo geral deste estudo foi examinar os conceitos e as concepções preliminares da gentrificação, desvelando os fundamentos teóricos e históricos que sustentam esse fenômeno e suas repercussões nas dinâmicas das cidades.

A análise revelou que a gentrificação, enquanto conceito, tem suas raízes na década de 1960, a partir dos estudos de Ruth Glass, sendo posteriormente aprofundada por autores como Neil Smith, Sharon Zukin e David Harvey. Trata-se de um processo impulsionado pela mercantilização do espaço urbano, no qual políticas públicas e interesses econômicos atuam como vetores de exclusão, reconfigurando territórios e deslocando populações vulneráveis.

Identificou-se que tal dinâmica não se restringe a fenômenos locais, mas constitui um paradigma global de reconfiguração urbana, permeado por desigualdades estruturais que desafiam os princípios de equidade e justiça territorial.

Dessa forma, confirmou-se a hipótese apresentada: a gentrificação delineada enquanto um processo amplo e estrutural, cuja gênese se encontra na intersecção entre políticas públicas voltadas à valorização econômica do solo urbano e práticas de exclusão social, perpetuando desigualdades e violando direitos fundamentais, como o direito à cidade. A análise histórica e teórica elucidou como esse fenômeno evoluiu de estratégias localizadas de requalificação urbana para um modelo globalizado que reflete as lógicas do capital neoliberal.

Conclui-se que, embora a gentrificação seja frequentemente associada à revitalização de áreas degradadas, ela carrega implicações profundas para a justiça social, ao desestabilizar comunidades e transformar identidades territoriais. A compreensão conceitual do tema, portanto, é basilar para subsidiar reflexões críticas e proposição de medidas assecuratórias e conciliatórias de desenvolvimento urbano com inclusão social.

Destaca-se, ademais, a necessidade de políticas públicas que enfrentem os efeitos excludentes da gentrificação, priorizando estratégias de inclusão habitacional e mecanismos participativos que garantam o direito à permanência das populações originárias nos espaços urbanos.

Recomenda-se, ainda, a realização de estudos futuros que aprofundem as implicações práticas do fenômeno em contextos específicos, analisando como

diferentes cidades ao redor do mundo têm enfrentado o dilema entre crescimento econômico e justiça social, especialmente em países periféricos, onde os impactos da gentrificação tendem a ser mais agudos.

Referências Bibliográficas

ALCÂNTARA, Maurício Fernandes de. “Gentrificação”. In: Enciclopédia de Antropologia. São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2018.

BIDOU-ZACHARIASEN, Catherine. De volta à cidade: dos processos de gentrificação às políticas de “revitalização” dos centros urbanos. São Paulo: Annablume, 2006.

GLASS, Ruth. Aspects of change. In: GLASS, Ruth (Ed.). London: Aspects of Change. London: MacGibbon & Kee, 1964. p. xviii–xix.

HARVEY, David. A produção capitalista do espaço. São Paulo: Annablume, 2005.

HARVEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Trad. Bras. Jeferson Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2014.

LEFEBVRE, Henri. A produção do espaço. Tradução de Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade. São Paulo: Centauro, 2009.

PEREIRA, Álvaro Luís dos Santos. A gentrificação e a hipótese do diferencial de renda: limites explicativos e diálogos possíveis. Cadernos Metrópole, v. 16, p. 307-328, 2014.

RANGEL, Natália Fonseca de Abreu. O esvaziamento do conceito de gentrificação como estratégia política. Cadernos Nauí, v. 4, n. 7, p. 39-57, 2015.

RIBEIRO, Tarcyla Fidalgo. Gentrificação: aspectos conceituais e práticos de sua verificação no Brasil. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 3, p. 1334-1356, 2018.

SMITH, Neil. Toward a theory of gentrification: a back to the city movement by capital, not people, *Journal of the American Planning Association*, Volume 45, 1979, p. 358-548.

SMITH, Neil. *The New Urban Frontier: Gentrification and the Revanchist City*. New York: Routledge, 1996.

WACQUANT, Loïc, Ressituando a gentrificação: a classe popular, a ciência e o Estado na pesquisa urbana recente, *Caderno CRH* 23, n 58, 2010, p. 51-58.

ZUKIN, Sharon. *Loft living: culture and capital in urban change*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982.

SHAREHOLDERS' AGREEMENT AND PROCEDURAL LEGAL TRANSACTION: INSTRUMENTS FOR FLEXIBILITY AND PREVENTION OF CORPORATE CONFLICTS IN BRAZIL

Antonio Andre Johnsson¹

Steinbeis University Berlin; UFRJ

Leonardo Lindroth de Paiva²

UniBrasil

DOI: <https://doi.org/10.62140/AJLP4092025>

Table of Contents: 1. Introduction, 2. The Procedural Legal Transaction and the Shareholders' Agreement: Instruments for the Realization of Private Autonomy; 3. The Importance of Flexibility in Business Relations; 4. The Procedural Legal Transaction in the Corporate Context; 5. Conclusion.

Abstract: This article explores the application of shareholders' agreements and procedural legal transactions as effective instruments for the prevention and

¹ LL.M. in Applied Business Law from Steinbeis University Berlin. Postgraduate Student in Civil Procedural Law at UFRJ. Specialist in Civil Law. Partner Attorney at LPJ Advocacia. E-mail: andre@lpjadvocacia.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-2546-5133>

² Ph.D. Student in Law at UniBrasil. Master's Degree in Law from PUC/PR. Specialist in Civil Law and Civil Procedural Law. Professor in postgraduate courses and preparatory programs for public exams and the Bar Exam (OAB). Partner Attorney at LPJ Advocacia. E-mail: leonardo@lpjadvocacia.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-2476-5338>

resolution of conflicts in the corporate sphere. Through a theoretical and qualitative approach, employing a bibliographic research method based on Article 190 of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, the discussion highlights how these tools promote private autonomy, allowing parties to customize procedural aspects. The study presents practical examples, such as mediation clauses, arbitration, forum selection, and confidentiality agreements, which enhance speed and efficiency in litigation while safeguarding corporate assets and governance. It is analyzed that, in addition to reducing costs and uncertainties, such conventions contribute to the stability of business relationships and strengthen organizational structures. Finally, it is concluded that the integrated adoption of shareholders' agreements and procedural legal transactions is essential to ensure the longevity and success of corporate entities in a competitive environment.

Keywords: *Shareholders' agreement; Procedural legal transaction; Corporate conflicts; Corporate governance; Code of Civil Procedure.*

1. Introduction

The inevitability of conflicts in the corporate environment makes it essential to seek effective mechanisms for their prevention and resolution. In the context of Brazilian law, the appropriate application of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) offers valuable tools to promote faster and more efficient solutions. Companies of all sizes, from startups to large corporations, frequently face exhausting and costly litigation that could be avoided through well-structured shareholder agreements and the strategic use of procedural legal transactions.

It is not uncommon for articles of association and shareholder agreements to lack clear provisions regarding both the rules of coexistence among partners and procedural mechanisms capable of addressing potential disputes. This normative gap not only exposes the company to unnecessary risks but also compromises its stability and continuity. The choice of this topic reflects the intention to explore and highlight the relevance of the procedural legal transaction, as provided for in Article 190 of the

CPC, as a tool for conflict prevention and the preservation of healthy business relations.

The shareholder agreement, combined with the application of procedural legal transactions, grants the parties significant autonomy in defining how disputes will be handled. Practical examples include the inclusion of arbitration clauses, which allow conflicts to be resolved outside the judiciary in a faster and more confidential manner, or the pre-determination of jurisdiction for disputes, benefiting shareholders domiciled in different states and avoiding unnecessary travel costs. Such preemptive decisions not only provide greater predictability and efficiency in conflict resolution but also protect assets, preserve corporate relationships, and safeguard the economic viability of the company.

This article aims to demonstrate that, through well-drafted shareholder agreements and the strategic use of procedural legal transactions, it is possible to minimize the impact of disputes on the company, strengthen its governance, and ensure the continuity of its activities. By exploring these legal tools, the article seeks to contribute to the dissemination of practices that promote conflict prevention and the protection of the corporate environment, ensuring a balance between the autonomy of the parties and the legal certainty necessary for business success.

2. The Procedural Legal Transaction and the Shareholders' Agreement: Instruments for the Realization of Private Autonomy

The legal transaction is a fundamental category of private law, characterized by the central role of the will of the parties involved in an agreement of intentions. It is not merely the execution of an act but a process in which legal effects are determined, to a large extent, by private autonomy. Unlike other legal acts whose consequences arise exclusively from statutory provisions, the legal transaction grants the parties the prerogative to shape both the content and the effects of the act in

accordance with their legitimate interests. Thus, voluntariness is not limited to the formalization of the act but also extends to the legal consequences that arise from it.³

The procedural legal transaction, in turn, constitutes an extension of this autonomy within the procedural sphere, allowing the parties to stipulate specific effects within a judicial process. Its formalization may occur either before or during the course of proceedings, provided that the agreements made do not contravene public order norms or inalienable rights and that they directly affect the procedural conduct of the case, i.e., the procedural aspect of the matter. Essentially, the procedural legal transaction reflects a modification within the procedure, tailoring it to the parties' intent to align it with their needs.⁴, granting it a dynamic and adaptable character.

Historically, the Brazilian legal system allowed procedural legal transactions only in limited scenarios, such as the choice of jurisdiction. However, legislative evolution has led to greater flexibility and broader applicability of these transactions. Article 190 of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 (CPC/2015) formalized this transformation by expressly recognizing the validity of such agreements, enabling parties to establish conventions on broad procedural aspects, provided they respect legal boundaries. This provision acknowledges the procedural nature of these agreements, fostering legal certainty and process efficiency.

This evolution in procedural law reflects not only the practical needs of the parties but also the maturation of the legal system as a whole. In line with the teachings of Montesquieu⁵, Kelsen⁶ and Savigny⁷, it is observed that law, in its essence, must be adaptable to the particularities of each society and to the historical and cultural transformations it undergoes. Procedural legal transactions, therefore,

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 513.

⁴ Ibidem, p. 514.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 78.

⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema do Direito Romano Atual. Campinas: Bookseller, 2001. p. 15.

are a clear example of how law evolves to meet contemporary demands without detaching itself from its theoretical foundations. Notably, the procedural legal transaction emerged from a necessity identified over time, eventually becoming codified in our legal system. The Code of Civil Procedure, through Article 190, came to recognize that such agreements hold a procedural nature, regardless of when they are formalized.

In the corporate field, the shareholders' agreement emerges as a strategic instrument of corporate governance and conflict prevention. It can be understood as a preemptive pact that regulates relationships among shareholders, establishing clear rules for situations that could potentially generate disputes. By outlining procedures for matters such as the sale of equity interests, the withdrawal of shareholders, or the making of strategic decisions, the agreement functions as a kind of technical manual, mitigating uncertainties and preventing litigation.

In addition to its preventive function, the shareholders' agreement stands out as a conflict resolution tool. The inclusion of mediation or arbitration clauses, for instance, enables the swift and confidential resolution of disputes, avoiding public exposure and the lengthy timelines associated with state judiciary systems. Such mechanisms promote more efficient conflict management, preserving the company's resources and energy for its growth and development.

Furthermore, the agreement may stipulate the need for qualified majorities for more sensitive decisions, preventing any single shareholder from making unilateral decisions. This type of provision is particularly relevant in family businesses or limited liability companies, where emotional ties can complicate understanding during times of crisis⁸.

However, the shareholders' agreement is not limited to conflict resolution; it is also a fundamental tool of corporate governance. It can detail the roles of each shareholder, profit distribution policies, conditions for the exit of shareholders,

⁸ PRADO, Gustavo; GOUVEIA, Marcelo. Resolução de conflitos societários: o papel do acordo de sócios. São Paulo: Juruá, 2021. p. 129.

among other factors essential to ensuring the smooth operation of the company. By clearly defining the responsibilities of each shareholder and the decision-making processes, the agreement facilitates a more harmonious and results-focused operation. After all, when the rules are clear, the work environment becomes more streamlined and centered on achieving objectives⁹, directly influencing improved operational outcomes.

Still within the scope of procedural legal transactions, Article 190 of the CPC/2015 allows shareholders to adjust procedural aspects according to their specific needs. It is possible to stipulate in advance, for instance, the competent jurisdiction for adjudicating disputes, differentiated procedural deadlines, alternative methods of service and notification, as well as rules for convening meetings. This procedural flexibility is particularly advantageous for companies that require agility and efficiency in resolving judicial matters, contributing to the continuity of their operations in times of adversity.

Finally, it is acknowledged that the synergy between the shareholders' agreement and the procedural legal transaction represents a milestone in the realization of private autonomy in the business context. When strategically designed and tailored to the specific needs of the business, these instruments not only prevent and resolve conflicts but also structure corporate governance, fostering stability and the sustainable growth of organizations. As such, they become indispensable elements for business success in an increasingly dynamic and challenging legal and economic landscape.

3. The Importance of Flexibility in Business Relations

Flexibility in business relations has been established as an important mechanism for ensuring efficiency and legal certainty in an economic environment shaped by globalization and the increasing complexity of commercial transactions.

⁹ MOTTA, Gustavo. *Governança Corporativa e Conflitos de Interesse: Desafios e Soluções*. Rio de Janeiro: FGV, 2020. p. 89

The American jurist Michael E. Solimine addressed this topic in a pioneering manner in his work *Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure* (1992), highlighting how the customization of contractual procedures, through clauses such as forum selection, choice of applicable law, and waiver of jury trials, has become a common practice in business relations. According to Solimine, the adoption of customized procedural regimes can reduce costs, mitigate uncertainties, and ensure greater predictability in managing disputes between parties¹⁰.

These practices are particularly relevant in the context of shareholder agreements and commercial contracts. In the business environment, predictability and efficiency are strategic factors, and the customization of legal procedures emerges as a response to the growing demands for flexibility and security. The inclusion of procedural clauses in contracts for mergers, acquisitions, and licensing exemplifies how companies can minimize risks and costs associated with judicial disputes while safeguarding their commercial interests. When well-structured, the use of such clauses provides an effective means of resolving conflicts, serving as a crucial instrument in the context of shareholder agreements, which should strategically address the management of potential disputes¹¹.

In the context of shareholder agreements, procedural customization plays an even more strategic role. These agreements, in addition to regulating the rights, duties, and responsibilities of shareholders, are often used as tools to prevent and manage conflicts efficiently. Through the so-called procedural legal transaction, shareholders can preemptively establish procedural parameters tailored to the particularities of their corporate relationship. For instance, they can stipulate the competent jurisdiction for future disputes, differentiated deadlines, conflict resolution methods, and even specific forms of service and notification. This approach grants shareholders greater autonomy while transforming potential

¹⁰ SOLIMINE, Michael E. *Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure*. Cornell Law Review, v. 67, p. 721-761, 1992.

¹¹ *Negócios processuais*. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 143.

controversies and disputes into more manageable scenarios aligned with business needs. Such flexibility is therefore essential for companies that face recurring legal challenges and aim to align their expectations and interests strategically¹².

In addition to the direct economic benefits, procedural flexibility offers invaluable strategic advantages. Companies that can tailor their contracts and procedures to the dynamics of their businesses are better equipped to face the challenges of a globalized market. By eliminating procedural uncertainties and reducing the time and costs associated with conflict resolution, parties can focus their efforts on developing business strategies and expanding their operations. According to Gaukrodger and Gordon, in their study published by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), the legal predictability fostered by well-drafted agreements is one of the most significant factors for business success in competitive economic environments¹³.

In the modern context, contractual and procedural flexibility is more than a convenience; it is a strategic necessity. The customization of procedures in shareholder agreements, when grounded in a well-defined procedural legal transaction, represents a significant competitive advantage. Companies that leverage these procedural tools intelligently can not only avoid lengthy and costly litigation but also foster an environment of cooperation and trust among shareholders, which directly contributes to strengthening corporate governance and ensuring operational success.

Thus, procedural and contractual flexibility, applied strategically and supported by solid theoretical foundations such as those presented here, proves indispensable for the efficient management of business relationships in the contemporary landscape. Private autonomy, when exercised clearly and in compliance

¹² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 37.

¹³ GAUKRODGER, David; GORDON, Kathryn. *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207366. Acesso em: 20 dez. 2024.

with the legal framework, becomes a crucial instrument for driving business growth and sustainability, enabling companies to carry out their core activities securely within an increasingly dynamic and challenging legal and economic environment.

4. The Procedural Legal Transaction in the Corporate Context

The procedural legal transaction constitutes a valuable tool for flexibility in the corporate sphere, allowing parties to tailor the procedural framework to the specific needs of their business relationships. As provided for in Article 190 of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC), parties can establish procedural agreements covering aspects such as the production of evidence, extension or reduction of procedural deadlines, preselection of expert witnesses, and the definition of channels for service and notification, among other elements. This contractual autonomy is particularly advantageous in corporate contexts where parties already have a well-defined dynamic and seek customized solutions for potential disputes.

A significant example of this flexibility is the ability to stipulate procedural confidentiality to protect strategic company information, such as trade secrets or sensitive financial data. This mechanism is widely adopted by companies seeking to avoid public exposure of their operations, ensuring greater confidentiality in their disputes¹⁴. However, it is essential to note that the validity of such agreements is subject to limits within the legal framework. Fundamental rights, such as the right to adversarial proceedings and due process, are inalienable. The judge, in turn, has a duty to ensure that the agreement was entered into under conditions of equality, safeguarding against any undue advantage being taken by one of the parties¹⁵.

Another key point worth highlighting is the use of the corporate charter as a vehicle to incorporate such procedural agreements. For instance, clauses that

¹⁴ ALMEIDA, Gregório Assis de. *Negócio Jurídico Processual: Autonomia Privada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 33.

¹⁵ MARCONDES, Carolina. *Cláusulas processuais em contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 342.

stipulate alternative methods of notification, like corporate emails, or the preselection of specialized experts for certain procedural matters, can significantly contribute to swifter and more efficient legal proceedings. These provisions exemplify the potential of the procedural legal transaction to save time and resources, all while minimizing interruptions to business activities¹⁶. After all, in the fast-paced corporate world, who wouldn't prefer resolving disputes with the efficiency of a well-oiled machine rather than navigating the labyrinth of prolonged litigation? It's like upgrading from a dial-up modem to fiber optics—smooth, efficient, and built for speed.

The case law of the Superior Court of Justice (STJ) in Brazil has shown receptiveness to the validity of such agreements, provided they respect legal boundaries. In REsp 1.733.290/SP, the STJ upheld the validity of a clause that limited the production of evidence in a corporate dispute, reaffirming the parties' autonomy to tailor procedural rules to their specific needs. However, the court emphasized that such agreements must not infringe upon fundamental rights, such as access to justice and the right to adversarial proceedings. This decision highlights the balance the judiciary seeks to maintain between honoring procedural flexibility and safeguarding essential legal protections¹⁷.

Therefore, the procedural legal transaction in the corporate sphere emerges as a strategic tool for resolving potential future business disputes. From common examples, such as the choice of jurisdiction, to more complex stipulations, such as procedural confidentiality or differentiated deadlines, these agreements provide predictability and efficiency. However, their application must always adhere to the limits established by the Code of Civil Procedure (CPC), respecting fundamental rights and remaining under judicial supervision to ensure that the power to shape the process is exercised responsibly.

¹⁶ FIGUEIRA, Eduardo. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Societário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 289.

¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.733.290/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Publicado em: 19 fev. 2021.

5. Conclusion

A The interaction between the shareholders' agreement and the procedural legal transaction represents a significant innovation in the legal corporate landscape, promoting both private autonomy and efficiency in resolving corporate disputes. By allowing parties to shape procedural aspects of litigation—such as deadlines, jurisdiction, methods of evidence production, and confidentiality mechanisms—these tools not only optimize the relationship between shareholders but also contribute to a more efficient management of judicial processes.

REsp 1.733.290/SP exemplifies how the Brazilian legal framework recognizes and validates the parties' autonomy in customizing procedural rules, provided legal boundaries, such as the right to adversarial proceedings and due process, are respected. This jurisprudential acknowledgment highlights the importance of such agreements in expediting and ensuring predictability in legal proceedings by offering the judge a clear roadmap aligned with the parties' interests, enabling greater focus on substantive issues.

Furthermore, the adoption of procedural agreements within shareholders' agreements not only facilitates conflict resolution but also prevents unnecessary litigation by structuring clear and objective procedures. Companies that incorporate these practices into their governance demonstrate strategic foresight, ensuring that potential disputes do not undermine their stability and allowing them to maintain focus on growth and efficient business operations.

Thus, the combined use of the shareholders' agreement and the procedural legal transaction underscores the transformative potential of private autonomy in the corporate context. These tools provide a robust and modern alternative for dispute resolution, benefiting both the parties involved and the judiciary. With qualified legal counsel, companies can strategically explore these possibilities, respecting legal limits and fostering a more efficient, stable, and transparent business environment. This approach not only marks an advancement in corporate governance but also reinforces

the importance of a judiciary that values party autonomy and procedural efficiency as pillars of modern justice.

References

ALMEIDA, Gregório Assis de. *Negócio Jurídico Processual: Autonomia Privada no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18 set. 2024.

FIGUEIRA, Eduardo. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Societário Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAUKRODGER, David; GORDON, Kathryn. *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*. Paris: OECD Publishing, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207366. Acesso em: 20 dez. 2024.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCONDES, Carolina. Cláusulas processuais em contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTTA, Gustavo. *Governança Corporativa e Conflitos de Interesse: Desafios e Soluções*. Rio de Janeiro: FGV, 2020.

Negócios processuais. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. 2. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

PRADO, Gustavo; GOUVEIA, Marcelo. Resolução de conflitos societários: o papel do acordo de sócios. São Paulo: Juruá, 2021.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema do Direito Romano Atual. Campinas: Bookseller, 2001.

SOLIMINE, Michael E. Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure. Cornell Law Review, v. 67, p. 721-761, 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.733.290/SP. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Publicado em: 19 fev. 2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1. 16. ed. reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

**O PAPEL DAS ASSOCIAÇÕES DE EX-COMBATENTES NA
REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS EX-COMBATENTES PARAIBANOS
DA FORÇA EXPEDICIONÁRIA BRASILEIRA**

*The Mission of The Ex-Combatants Associations in Social Reintegration of Paraíba Ex-
Combatants in The Brazilian Expeditionary Force*

Antonio Odon da Silva Neto¹

Universidade Federal da Paraíba - UFPB

DOI: <https://doi.org/10.62140/AOSN4222025>

Sumário: 1.Introdução; 2. A Desmobilização da Força Expedicionária Brasileira (FEB); 3. A Realidade dos Ex-Combatentes no Brasil; 4. A Legislação Brasileira e os Ex-Combatentes no Brasil; 5. As Associações dos Ex-Combatentes do Brasil (AECB); 6. Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira (ANVFEB); Considerações Finais e Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o processo de reintegração social dos ex-combatentes paraibanos da Força Expedicionária Brasileira doravante (FEB), tendo em vista os desafios enfrentados pelos mesmos no imediato pós guerra, como a dificuldade de serem estigmatizados socialmente e de serem considerados "neuróticos de guerra" além do mais a dificuldade em obtenção nos anos que se seguiram, da garantia dos direitos conseguidos através de leis e decretos

¹ Graduando de História da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pesquisador de História Militar, Membro da Comissão de Pesquisa e Preservação Histórica da Polícia Militar do Estado da Paraíba, Fundador do Grupo de Pesquisa e Reencenação Histórica da Força Expedicionária Brasileira (GERFEB). ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9820-4944> E-mail: antonio.odon@gmail.com

nacionais, estaduais e municipais. Tendo sido possível identificar aproximadamente 280 dos 349 expedicionários que partiram da Paraíba, homens esses saídos de todos os extratos sociais, das mais diversas cidades do estado e com níveis de escolaridade distintos as dificuldades encontradas no pós-guerra e nos anos que se seguiram ao afetarem a todos. Para a realização deste artigo, as fontes analisadas foram os documentos das associações de ex-combatentes paraibanos, em especial a associação dos ex-combatentes do Brasil - Secção João Pessoa, que através desta documentação é possível analisar como os ex-combatentes interagem com as associações e uma análise ao revelar que essas associações funcionaram não apenas como espaços de orientação para a busca de direitos, mas também como locais de confraternização, troca de experiências e de apoio, contribuindo para minimizar o sentimento de exclusão e marginalização social destes ex-combatentes.

Palavras-chaves: Força Expedicionária Brasileira; Reintegração Social; Paraíba; Ex-Combatentes.

Abstract: This research aims to analyze the process of social reintegration of former combatants from Paraíba of the Brazilian Expeditionary Force (FEB), considering the challenges they faced in the immediate post-war period, such as the difficulty of being socially stigmatized and considered "war neurotics", in addition to the difficulty in obtaining, in the years that followed, the guarantee of rights achieved through national, state and municipal laws and decrees. It was possible to identify approximately 280 of the 349 expeditionaries who left Paraíba, men from all social strata, from the most diverse cities in the state and with different levels of education; the difficulties encountered in the post-war period and in the years that followed affected everyone. To carry out this article, the sources analyzed were the documents of the associations of former combatants from Paraíba, especially the association of former combatants of Brazil - João Pessoa Section. Through this documentation, it is possible to analyze how the former combatants interacted with the associations. The analysis reveals that these associations functioned not only as spaces for guidance in the search for rights, but also as places for socializing, exchanging experiences and

providing support, helping to minimize the feeling of exclusion and social marginalization of these ex-combatants.

Keywords: Brazilian Expeditionary Force; Social Reintegration; Paraíba; Ex-Combatants.

1. Introdução

A Segunda Guerra Mundial foi sem dúvida o conflito de maior importância da história contemporânea da humanidade, tanto pelo seu poder de destruição, como pelos avanços tecnológicos, quanto pela imensa quantidade de vidas perdidas, aproximadamente 80 milhões de pessoas perderam suas vidas no conflito, desses cerca de 50 milhões eram civis. O conflito que se iniciou com a invasão alemã à Polônia, se deflagrou por toda Europa e consequentemente por todo o mundo. Muito embora o Brasil tenha se mantido neutro no início do conflito a partir de 1942, com o rompimento das relações com as potências do Eixo (Alemanha, Itália e Japão) e a aproximação político-ideológica com as potências aliadas (E.E.U.U, Inglaterra e U.R.S.S) em especial com os Estados Unidos, o Brasil se viu envolvido no conflito, principalmente a partir do ano de 1942 em resposta aos ataques dos submarinos alemães, causando o afundamento de embarcações brasileiras em águas nacionais. Ante o exposto, nos anos seguintes o Brasil recrutou, treinou e enviou uma Força Expedicionária composta por aproximadamente 25 mil homens para o teatro de operações sendo o único corpo de toda a América Latina a ser enviado para a luta no além-mar.

Portanto, também mobilizou milhares de jovens na defesa do território nacional em especial nas regiões litorâneas do Brasil, muito embora não seja o objetivo principal deste artigo falar sobre os feitos da FEB na Itália, são esses jovens mobilizados para lutar no teatro de operações europeu e para a defesa do nosso litoral que irão compor no imediato pós- guerra os nossos ex-combatentes, sendo assim cabe primeiramente entender quem são esses jovens, e em que Brasil eles estavam inseridos, uma vez que esses ex-combatentes eram compostos pelo o que é

apresentado como cidadãos-soldados. Isto é, cidadãos que foram convocados do seu convívio social para serem treinados e combater na guerra.

De acordo com Francisco Ferraz (2004), Desde a institucionalização generalizada da conscrição universal masculina, a partir do final do século XVIII, na Europa, o serviço militar obrigatório substituiu as diversas formas de recrutamento existentes, incorporando aos deveres da cidadania o encargo de soldado. Todo cidadão seria, potencialmente, um soldado da pátria. (FERRAZ. 2004, p. 422).

Todavia, não sendo diferente na nossa nação nos ensejos da mobilização nacional, e conseqüentemente o envio de tropas para a participação efetiva no teatro de batalha europeu, a grande maioria dos praças e graduados que foram enviados para o *front* era composto por civis voluntários e/ou convocados (WELLINGTON, 2008).

Assim, tendo a Paraíba contribuído com uma parcela de 349 homens, não foi diferente, uma vez que de acordo com o censo de 1940, a Paraíba era um Estado que tinha como base de sua economia a agricultura, a pecuária e a silvicultura, onde estava concentrada aproximadamente 79% de sua força de trabalho composta pela população jovem entre 20 a 29 anos, faixa etária média dos convocados para a guerra.²

Sendo assim, é possível afirmar que mesmo tendo sido uma parcela tão pequena da nossa juventude paraibana a ir para a guerra, os que voltaram trouxeram consigo ideias e ideais, que se propagaram na sociedade paraibana. Nessa perspectiva, cabe neste artigo, investigar para compreender o que houve com esses jovens que foram para a guerra e retornaram para o seio de suas famílias, além dos principais desafios na reintegração à sociedade além de apresentar um estudo sobre a ruptura social que houve após o retorno dos expedicionários que partiram para lutar na Europa, sob o pretexto de defender valores como a Liberdade e a Democracia.

Entretanto, fatores que contrastavam com o *status quo* da sua própria Pátria, até então uma Ditadura (Estado Novo), regido por uma Constituição de inspiração

² Biblioteca IBGE - Recenseamento Geral do Brasil em 1º de Setembro de 1940 – Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/65/cd_1940_p8_pb.pdf Acesso em 25/02/2025.

Fascista. Pode se constatar, que tais contrastes geraram conflitos no pós-guerra entre os expedicionários em luta por sua inserção social e reconhecimento e os poderes locais instituídos. A exemplo da trajetória do senhor Félix de Souza Araújo, nascido em 1922 e natural da cidade de Cabaceiras (PB), serviu na FEB como Cabo no Depósito de Pessoal e ao voltar da guerra fixou morada em Campina Grande, onde através do Partido Comunista Brasileiro (PCB) ingressou na vida política chegando posteriormente a ser eleito Vereador pelo Partido Libertador (PL), mas nunca abandonando os ideais de esquerda, posteriormente foi assassinado no ano de 1953 por rivais políticos da extrema direita da qual fazia denúncias de corrupção.

2. A Desmobilização da Força Expedicionária Brasileira (FEB)

A desmobilização da (FEB) e a reintegração de seus combatentes à sociedade foram marcadas por um processo desorganizado e sem planejamento adequado por parte do Governo Brasileiro. Os soldados que haviam lutado na Itália retornaram ao país sem um programa estruturado de assistência, enfrentando dificuldades para retomar suas vidas civis, tanto no mercado de trabalho quanto na obtenção de benefícios por seus serviços prestados. Diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos, onde os veteranos foram amplamente amparados pelo Estado por meio do *G.I. Bill*, os expedicionários Brasileiros tiveram que lutar por reconhecimento e por direitos básicos durante décadas.

O Governo Brasileiro dissolveu rapidamente a FEB, temendo que seus membros se tornassem uma força politicamente ativa, o que era uma preocupação comum na época, dado o papel que veteranos desempenharam em movimentos políticos de outros países. Assim, conforme os soldados retornavam ao Brasil começaram a ser desmobilizados e enviados de volta ao Brasil sem qualquer suporte significativo.

Como observa Ferraz (2012), muitos desses homens haviam sido convocados diretamente do meio civil e, ao voltarem, encontraram dificuldades para reassumir suas funções anteriores, enquanto outros, que haviam sido promovidos durante a guerra, não foram automaticamente reintegrados às fileiras do Exército,

gerando um sentimento de frustração entre os veteranos, no Brasil, diferentemente dos Estados Unidos, não houve um programa de benefícios abrangente para os ex-combatentes. Enquanto nos Estados Unidos o *G.I. Bill* oferecia acesso a ensino superior, financiamentos habitacionais e apoio à reinserção no mercado de trabalho, no Brasil a assistência foi mínima e demorou anos para ser formalmente estabelecida.

Conforme aponta Fernandes (2008), a desmobilização da FEB foi apressada e os expedicionários foram, em grande parte, esquecidos pelo governo, sem qualquer planejamento para sua reintegração social, além da questão econômica, a assistência médica e psicológica também foi um problema grave para os veteranos brasileiros.

3. A Realidade dos Ex-Combatentes no Brasil

A realidade de muitos ex-combatentes no Brasil, que retornaram com sequelas físicas e transtornos como o estresse pós-traumático, mas não receberam suporte adequado. No Brasil, poucos hospitais militares estavam preparados para atender os pracinhas e apenas instituições como o Hospital da 7ª Região Militar, em Recife, prestaram algum tipo de assistência. Nos Estados Unidos, hospitais especializados foram criados para atender os veteranos, garantindo tratamento médico e apoio psicológico e por outro lado, o *G.I. Bill* foi uma iniciativa fundamental para a reestruturação da vida dos veteranos, permitindo que milhões deles frequentassem universidades e adquirissem moradias próprias.

Uma política pública que veio a consolidar uma percepção positiva sobre os veteranos nos EUA, onde eles foram celebrados como heróis e receberam amplo apoio governamental. Conforme observou (WELLINGTON, 2008), no Brasil, por outro lado, a FEB não recebeu o mesmo nível de reconhecimento, a percepção social dos veteranos também foi diferente nos dois países e nos EUA, o governo e a sociedade garantiram que os ex-combatentes fossem celebrados e reconhecidos por seu serviço, reforçando seu papel como cidadãos exemplares.

Nacionalmente, mediante a História do Brasil, a Memória da FEB permaneceu restrita a círculos militares e acadêmicos por muito tempo e apenas com o esforço das associações, houve um resgate mais consistente de sua importância histórica, na qual muitos ex-combatentes relataram sentir-se abandonados e alguns, sem perspectivas, acabaram vivendo em condições precárias. A luta por direitos se prolongou por décadas e apenas com a Constituição de 1946 começaram a ser concedidos alguns benefícios, mas de forma limitada. Uma vez que, a Constituição de 1967 trouxe um reconhecimento mais amplo, garantindo pensões e benefícios previdenciários para os veteranos, ainda que não comparáveis aos concedidos nos Estados Unidos da América.

A presente comparação entre os dois processos, brasileiro e norte-americano, evidencia não apenas a diferença na forma como os veteranos foram tratados, mas também a forma como o Brasil e os Estados Unidos encararam o papel dos soldados na construção da memória nacional. Enquanto nos EUA a valorização dos ex-combatentes ajudou a consolidar um modelo de cidadania e pertencimento, no Brasil a ausência de um planejamento adequado fez com que muitos dos que lutaram pela pátria fossem relegados ao esquecimento.

Os Ex-combatentes Brasileiros tiveram que lutar bastante para garantir qualquer direito, sendo o ponto culminante dessa luta, o ano de 1957. Nesta ocasião, uma passeata organizada no Rio de Janeiro reuniu aproximadamente 3500 Ex-combatentes, evento descrito pelo repórter José Leal do jornal "O Globo": Às 13 horas do dia 23, já a sede da Associação se encontrava repleta de pracinhas. Logo depois, o desfile começou, silenciosamente, dentro da mais perfeita ordem, sem necessidade de vozes de comando. Abriram a manifestação os emblemas, em grande formato, da "Cobra Fumando" e da Associação de Ex-Combatentes.

Três grandes painéis apresentavam quadros pintados de maneira impressionante: uma cena de combate sobre a neve, o cemitério de Pistóia, desolado e solene e o regresso triunfal da tropa. Em jipes e automóveis

desfilaram os mutilados. A série de faixas era iniciada por um dístico com estes dizeres: - “Sede Bem-vindos, Irmãos Queridos – Isso foi quando regressamos...”. Logo depois, um cartaz perguntava: - “E agora?”. A resposta vinha mais adiante: “Pracinhas Tuberculosos”, - “Pracinhas dormindo ao relento”, - “Pracinhas se suicidam” (LEAL, 1957, P.13).

A passeata foi acompanhada por uma multidão de civis, tendo o seu ponto alto, quando ao chegar em frente a câmara dos vereadores da capital Federal que suspendeu a sessão e deu a palavra a Sampaio de Lacerda, Presidente da Associação que discursou: Os ex-combatentes não vêm aqui pleitear privilégios. Não querem os títulos de heróis, nem de mártires ou de vítimas, pelo fato de terem cumprido o sagrado dever de defender a Pátria agredida pelo inimigo nazista. Não querem, tampouco, alegar o sacrifício feito, para usufruir vantagens.

Não querem alegar os horrores da guerra, os tristes quadros que ainda conservam em sua retina e em sua memória, para que possam ser beneficiados. Não. Os ex-combatentes são homens conscientes. São homens que sabem o papel representado por sua Pátria para a restauração da liberdade no mundo. Os ex-combatentes sentem-se orgulhosos por terem tido a ventura de representar o Brasil na luta que o mundo travou para a vitória dos sagrados direitos do homem. A urgência que reclamamos, senhores vereadores, é de vida e de morte. (...) Os ex-combatentes pleiteiam, portanto, e com urgência, única e exclusivamente, o direito de viver. Desejamos justiça. (LEAL, 1957, P.13).

Mesmo assim, acabou que a passeata causou pouca pressão política a longo prazo, pelo fato do contingente de ex-combatentes estarem espalhados por todo

território nacional, e por ter sido duramente criticada pelo governo federal, acusando os organizadores de tentarem manipular a opinião pública com ideias comunistas e utilizar os ex-combatentes como massa de manobra comunista, sendo inclusive também atacada por outros colegas ex-combatentes de outras regiões do país. (FERRAZ, 2012). Bem como, “Éramos malvistas porque postulávamos emprego, incomodávamos. Aqui na 3ª Região diziam que nós, da Associação, éramos comunistas, não queriam nada conosco.” (WILLADINO, 2000, p.54).

4. A Legislação Brasileira e os Ex-Combatentes no Brasil

Acerca da legislação brasileira em relação aos direitos dos ex-combatentes brasileiros, é preciso antes, entender quem são as associações de ex-combatentes e quem são esses indivíduos. Além de necessário o entendimento de como as leis e os benefícios foram alcançados através dos anos. Como já foi explicado anteriormente e ao contrário da sua contraparte estadunidense, que já em 1944 tinha um conjunto de leis e garantias à sua espera após a desmobilização os ex-combatentes.

Através de décadas, viveram uma constante queda de braço com o Estado, para a conquista de direitos e acima de tudo garantias de que esses direitos seriam de fato proporcionados aos mesmos. Para tanto, a primeira lei que define algum direito aos ex-combatentes é o Decreto-Lei nº 7.270/45, que regula os casos de invalidez e de incapacidade física para militares das forças armadas, além de criar a Comissão de Readaptação dos Incapazes das Forças Armadas (CRIFA), referido Decreto que acabou por sofrer alterações diversas vezes, ampliando assim sua abrangência e os direitos por ele concedidos.

Além do presente Decreto-Lei nº 7.270/45, teve Lei nº 646/49, que garantia aos ex-combatentes da FEB, licenciados do serviço ativo e que tivessem sido declarados por Junta Militar de Saúde, até 31 de dezembro de 1948, portadores de moléstia passível de suspeita de haver sido adquirida ou agravada em consequência das condições inerentes à campanha. Da mesma forma, seguiram a Lei nº 3.633/59,

em seu Artigo 3º, que concedeu uma pensão mensal de Cr\$ 3.000,00 (três mil Cruzeiros) aos expedicionários incapacitados para o trabalho, ainda não amparados por lei federal. Também a Lei nº 4.242/63, que concedeu pensão aos ex-combatentes incapacitados, sem poder prover os meios de subsistência e que não recebessem, até então, qualquer importância dos cofres públicos.

A existência dessas e de outras leis não garantia, entretanto, a solução dos problemas dos veteranos. O desconhecimento dos direitos expressos nessas leis, por parte dos ex-combatentes, era grande. Muitos viviam no interior, nas zonas rurais, e ignoravam que tinham direito a tais benefícios. Por outro lado, mesmo nos centros urbanos, fora das associações de ex-combatentes, poucos sabiam delas. E mesmo os que sabiam de seus direitos poucas garantias tinham de transformá-los em realidade, pois a burocracia e repartições impunham-lhes muitos obstáculos (Cf. SOARES, 1985, p. 16-17, 20-23, 341-344).

Portanto, dentre estas leis a que causou mais polêmica, principalmente dentro das associações foi a Lei Nº 5.315/67, que definia em seu texto quem de fato era ex-combatente, tendo em seu texto;

Art . 1º Considera-se ex-combatente, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil , todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.

Ou seja, era considerado legalmente ex-combatente não só aqueles que tinham participado da Força Expedicionária Brasileira, mas sim todos aqueles que durante o período da declaração de guerra, até o fim da mesma sido mobilizado para atuar no litoral, e na defesa da território Brasileiro. Como também tenha atuado em

zona de guerra na marinha mercante e/ou marinha de guerra, apelidado pejorativamente pelos expedicionários de Lei das Praias, além de excluir totalmente os militares, que ao fim da guerra permaneceram na ativa das forças armadas.

Todavia, a AECB se encheu de ex-combatentes que participaram da defesa do litoral, requerendo seus direitos junto ao estado, e obviamente passando a integrar o cotidiano da mesma, muitas vezes, suplantando em muito o número de expedicionários, que em alguns momentos se incomodavam com a presença dos mesmos, já que muitas vezes, os próprios não conseguiam compreender os traumas pelo qual os expedicionários enfrentavam.

5. As Associações dos Ex-Combatentes do Brasil (AECB)

As Associações dos Ex-Combatentes do Brasil, receberam destaque ao longo do tempo e em seus ensejos, a finalidade da criação de uma associação que reunisse os veteranos da Campanha da Itália, que surgiu ainda no território italiano. Mediante o intuito a princípio de não se perder o espírito de camaradagem e os laços de companheirismos adquiridos no *front*, como também a luta pela garantia das promessas feitas pelo governo antes da ida dos expedicionários a guerra. Para tanto, no dia 01 de outubro de 1945 é criada a Associação dos Ex-combatentes do Brasil (AECB) e tinha em seus objetivos iniciais: Agremiar e agregar os ex-combatentes da FEB; Manter vivo o espírito de camaradagem e a união desenvolvidos em meio ao *front*; Lutar por direitos e garantias aos ex-combatentes.

Da mesma forma, ainda no mês de novembro de 1946 as seções regionais da AECB se reuniram e realizaram a Convenção Nacional dos Ex-Combatentes do Brasil, com o intuito de criar e estabelecer as normas e estruturas das associações além de criar uma proposta para entregar ao governo Dutra com uma série de medidas de amparo e readaptação dos ex-combatentes a vida civil.

Dentro do contexto da Guerra Fria, de um mundo polarizado entre o sistema capitalista e o comunismo, logo surgiu boatos que o evento era uma tentativa dos comunistas de usarem a convenção e os esforços da associação para propagar

seus ideais, embora o objetivo não fosse esse, os boatos surgiram principalmente pelo envolvimento de ex-combatentes e Membros da Diretoria da AECB com o Partido Comunista Brasileiro (PCB).

Desta forma, diversas autoridades que foram convidadas não compareceram à Convenção, como o Presidente Dutra, e o General Mascarenhas de Moraes, tendo inclusive que mudar o local onde seria feita a abertura da Convenção, primeiramente imaginada para ser no Teatro Municipal no Rio de Janeiro, teve que ser transferida às pressas para Academia Brasileira de Ciências, que cedeu seu Auditório, no Silogeu Brasileiro. (FERRAZ, 2003)

Contextualizando esta realidade no Estado da Paraíba, mais especificamente em João Pessoa, por se tratar de região litorânea, próximo ao principal centro de atividades de *U-Boats*, tendo o 15º Regimento de Infantaria, organização militar responsável pela defesa da Capital, foram mobilizados centenas de homens na defesa do litoral, além de aproximadamente mais de mil guerrilheiros nas colônias de pescadores a AECB regional acabou tendo um aumento significativo dos seus membros, que em muito superavam o número de expedicionários.

Uma vez que dos 349 paraibanos que serviram na FEB, alguns continuaram nas Forças Armadas e os tantos outros que voltaram para o Estado da Paraíba e para o convívio da vida civil. Assim, em grande número, estavam pulverizados no interior do Estado, com o total exato que ainda está sendo apurado em análise dos arquivos da AECB-JP. Para tanto, sabe-se que em determinado momento a Regional de João Pessoa contou mais de mil membros, naturais de diversas partes do país, tendo inclusive a presença de ex-combatentes que serviram em outros exércitos durante a guerra.

6. Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira (ANVFEB)

Conforme explicado anteriormente, com o passar dos anos e as leis que acabaram se tornando mais abrangentes e com a definição de ex-combatentes,

diversos expedicionários sentiram-se desconfortáveis nos quadros da AECB, onde passavam a se tornar minoria. Houve também na década de 50, diversos conflitos nas associações de todo o Brasil, devido aos grupos políticos terem tomado conta das associações, em especial grupos com ideais considerados de esquerda, por esses motivos, houve uma dissidência de cerca de cem expedicionários que fundaram, em 16 de julho de 1963, no Rio de Janeiro, local de maior concentração de expedicionários, o “Clube dos Veteranos da Campanha da Itália”.(WELLINGTON, 2008)

O nome de “Clube dos Veteranos” foi substituído por “Associação dos Veteranos da FEB (AVFEB)”, em 1969, e, posteriormente, em 1972, mudado para Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira (ANVFEB) com sua direção central localizada no centro da cidade do Rio de Janeiro, atual denominação. A ANVFEB é constituída de Combatentes das Forças Armadas Brasileiras, participantes da 2ª Guerra Mundial, no Teatro de Operações da Itália, ou seja, aqueles que são portadores da Medalha de Campanha. tendo a data de “16 de julho” sido escolhida para a fundação por ser a data do desembarque na Itália do 1º escalão da FEB.

A ANVFEB é uma sociedade cívica, cultural e recreativa, que tem por finalidade estreitar e prolongar os laços de camaradagem e de solidariedade humana, entre os mesmos veteranos e os seus familiares, assim como rememorar a história e as glórias do Brasil, na 2ª Guerra Mundial, além de possuir como princípios: a defesa da paz, com liberdade; a defesa dos postulados democráticos e das liberdades fundamentais; o cultivo do espírito fraterno de solidariedade humana entre os associados; o prolongamento, através dos descendentes de seus associados, do “*Espírito Febiano*”.

A recordação, em todas as oportunidades, em conferências e publicações, dos episódios ligados à História da Campanha na Itália; a organização e manutenção de um museu especializado, sobre a Campanha na Itália; as comemorações das datas gloriosas do Brasil, particularmente da Campanha na Itália; as homenagens aos

mortos da guerra; a manutenção dos laços de relações fraternais e de camaradagem entre todos os veteranos nacionais e estrangeiros e suas associações de ex-combatentes.

Ambas as associações sempre se respeitaram e compartilharam muitas vezes do mesmo ambiente sem maiores problemas, inclusive ambas sempre se convidavam para suas festividades e nos desfiles de 7 de setembro marchavam juntas, embora que seus membros se distinguissem pela boina, sendo a boina azul, utilizada pelos expedicionários e a boina verde utilizada pelos ex-combatentes, a exemplo do Desfile de 7 de Setembro nos anos 70, tendo em primeiro plano os expedicionários e em segundo plano os ex-combatentes brasileiros.

Assim sendo, como já demonstrado além do caráter recreativo e de manutenção dos laços de fraternidade as associações tinham um papel central na luta pela conquista dos direitos dos ex-combatentes, cabia às associações um minucioso trabalho de atendimento e centro de referência jurídico, os ex-combatentes, em muitos casos, encontravam dificuldades para obter empregos, devido à falta de políticas públicas, de qualificação profissional e às barreiras profissionais.

O direcionamento desses ex-combatentes para o mercado de trabalho, além de atuar em algumas situações como as redes de contatos, a formulação de parcerias com o setor público e privado, na busca de cursos de profissionalização, uma vez que grande parte destes ex-combatentes eram jovens que foram servir ao país no início de sua juventude, exatamente no período que deveriam aprender uma profissão, e que ao retornarem à vida civil, não possuíam um ofício nem emprego.

Exatamente como explica Ferraz (2012), logo mesmo que tivessem direito a assumir determinados cargos públicos não possuíam a capacitação necessária, as associações passaram também a ser os órgãos que ajudavam no processo de validação do serviço militar dos seus membros, uma vez que suas diretorias estavam mais capacitadas e mais familiarizadas com a burocracia necessária para a comprovação.

Considerações Finais

O presente estudo tem como finalidade a abordagem da reintegração dos ex-combatentes brasileiros, em especial os paraibanos, que envolveu uma série de desafios psicológicos, sociais e econômicos que, muitas vezes, não eram plenamente atendidos pelas políticas públicas. Nesse contexto, as associações de veteranos desempenharam um papel essencial, funcionando como redes de apoio social e psicológico, além disso, o reconhecimento social e a memória coletiva eram áreas nas quais essas associações exerciam grande influência: Elas lutavam para manter viva a memória dos ex-combatentes, tanto perante o Estado quanto junto à sociedade.

Ao organizarem eventos comemorativos, cerimônias e encontros, as associações garantiam que os ex-combatentes fossem lembrados e valorizados. Esse reconhecimento é fundamental para a autoestima dos ex-combatentes e para a construção de uma narrativa positiva sobre suas contribuições durante o conflito, enquanto a falta do reconhecimento público, por outro lado, agravou o sentimento de exclusão e marginalização

As políticas públicas de apoio, como pensões e benefícios de saúde, eram outra questão em que as associações desempenhavam um papel de advocacia. Elas pressionavam o governo para garantir que os direitos dos ex-combatentes fossem reconhecidos e respeitados. Quando essas políticas falhavam ou eram insuficientes, as associações muitas vezes se mobilizavam para fornecer suporte direto ou auxiliar os combatentes na busca por esses direitos, intermediando as relações com o Estado e ajudando a formalizar pedidos de benefícios, como deve ser visto no Ofício nº 72/78, solicitando atendimento médico a ex-combatente presente no Acervo Histórico da AECB-JP.

Datado de 16 de fevereiro de 1978, o mesmo é um pedido ao Comandante do 1º Grupamento de Engenharia na época o General Athos, no Ofício é solicitado que o ex-combatente seja atendido no hospital de guarnição da capital, embora na carta seja citada a Lei Nº 5.315/67, que dá amparo legal para o atendimento. Nota-se na carta um conciliatório, deixando a decisão do atendimento a critério do General.

Como mostra Ferraz esse tom conciliatório demonstrou ser o padrão das medidas tomadas pelas associações:

[...] A crescente predominância de um padrão mais conciliatório, em que “providências” são mais pedidas que exigidas. Sem dispor de formas de pressão mais contundentes, as políticas do direito de amparo dos cidadãos-soldados convertiam-se lentamente em lutas pela atenção e pelos favores dos governantes.(Ferraz,2018, p. 228)

Desta forma, a mudança de identidade e o ajuste à vida civil eram processos profundamente complexos. A transição do campo de batalha para a vida civil podia ser desorientadora, e as associações, por estarem compostas por veteranos que compartilhavam dessas experiências, ajudavam a manter um sentido de continuidade e pertencimento, preservando valores e laços da vida militar como também locais de confraternização, troca de experiências e apoio, contribuindo para minimizar o sentimento de exclusão e marginalização social desses ex-combatentes.

Finalmente, as associações vem a desempenhar um papel fundamental na reintegração social, ao fornecer um espaço onde os ex-combatentes podiam continuar a se identificar com seu passado militar, ao mesmo tempo em que buscavam formas de se adaptar à vida civil, com um número cada vez menor de ex-combatentes vivos, cabe às associações que ainda existem se manter, agora com a presença de familiares, entusiastas e pesquisadores, a zelar pela manutenção e preservação da memória dos feitos da FEB e das ações dos ex-combatentes em todo o território nacional.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Recenseamento Geral do Brasil de 1940. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/65/cd_1940_p8_pb.pdf
Acesso em 25 de Fevereiro de 2025.

BURKE, P. A Nova História, O seu Passado e seu Futuro *In: A Escrita da História: Novas Perspectivas.* (org.). Editora UNESP. São Paulo, 1992.

COSTA, Helton; GOMES, D. K. Ao Alcance da Morte: Ensaio sobre o Estado psicológico dos Soldados da FEB na Segunda Guerra Mundial. Ed 1, Matilda Produções, Curitiba, 2021.

FERRAZ, F. C. A. Considerações historiográficas sobre a participação brasileira na Segunda Guerra Mundial: Balanço da produção bibliográfica e suas tendências. Revista Esboços, V. 22, N. 34. p 207 – 232. Florianópolis, Julho, 2016.

FERRAZ, F. C. A. Os Veteranos da FEB e a Sociedade Brasileira. *In: Nova História Militar Brasileira*: CASTRO, C; IZECKSOHN, V; KRAAY, H. (org.). Editora FGV. Rio de Janeiro, 2004. p. 421-448.

KEEGAN, John. A Face da Batalha. Biblioteca do Exército, 2000.

MAMEDES, Marcelino Lúcio., SANTOS, WELLINGTON Corlet dos. E a Cobra Fumou: Lembrar por quê? : Força Expedicionária Brasileira – 1944 – 1945. Campina Grande: ANVFEB – SR CAMPINA GRANDE – PB, Campina Grande, 2006.

PEDROSA, F. V. G. A História Militar Tradicional e a “Nova História Militar”. Anais do XXXVI Simpósio Nacional de História (ANPUH). São Paulo, 2011.

SANTOS, WELLINGTON Corlet dos. A desmobilização da Força Expedicionária Brasileira e as suas consequências político-sociais no Brasil entre 1945 e 1965. / Rio de Janeiro, 2008.

SCALDAFERRI, L. G. Os Múltiplos olhares sobre a História Militar. História Unisinos. Vol. 16 N° 3 - setembro/dezembro de 2012. doi: 10.4013/htu.2012.163.01 Acesso em 24 de Fevereiro de 2025.

WEHLING, Arno. A Pesquisa da História Militar Brasileira. *In: Revista Da Cultura*. RJ: Exército Brasileiro, ano I, nº1, jan/jul 2001, pp. 35-38., Ferraz, Francisco César Alves. A Guerra que não acabou: a Reintegração Social dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira (1945-2000)

ACTION FOR PEACEKEEPING: AS OPERAÇÕES MILITARES E OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL E NA ITÁLIA

Action for Peacekeeping: Military Operations and Human Rights in Brazil and Italy

Raphaella Viana Silva Asfora¹

Universidade Federal da Paraíba

Roana de Brito Rangel Guerra²

¹ **Autora**/Mestra em Ciências Jurídicas (Direito Econômico) pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Pesquisadora de Direitos Humanos, História do Direito, Filosofia Jurídica, Direito Desportivo e Direito Penal Econômico, Pós-Graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo IBCCRIM e UNIFACISA, Pós-Graduada em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais pela Escola Superior da Magistratura do Estado da Paraíba (ESMA/PB). MBA em Gestão Jurídica Criminal e *Compliance* (EFICAZ/PR). Graduada em Direito (CESED/UNIFACISA), Graduada em Comunicação Social (Jornalismo) e Graduada em Administração, ambas pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Jornalista Profissional e Pesquisadora de Criminologia, Direito Internacional Público e Direitos Humanos com certificação internacional pela Universidade de Salamanca (USAL/Espanha) sobre temas relacionados à Organização das Nações Unidas (ONU Brasil) e a Colaboração da Operação Militar das Nações Unidas/Comando de Operação da Manutenção de Paz das Nações Unidas (ONU) e *TAF Operation Training Institute* através da pesquisa inédita: "Aplicabilidade dos Direitos Humanos pelo Exército Brasileiro em Missões de Paz das Organizações das Nações Unidas (ONU)." - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0154-8716> - E-mail: raphaellasfora1@gmail.com

² **Coautora**/Advogada Militar e Criminalista, atuando entre Brasil, Europa e Oriente Médio (*Armed Forces and Legal Affairs: Brazil, Europe & the Middle East*). Mestranda em Ciências Criminais pela Universidade do Minho (Portugal), Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal (Damásio de Jesus), Especialização em Direito Militar pela Escola Superior de Guerra e Verbo Jurídico (Rio de Janeiro/Brasil), Pós-Graduada em Hebraico e Direito Bíblico pela Universidade Hebraica de Jerusalém (Israel) e Especialização em Direito da Guerra pela Universidade da Arte da Guerra de Varsóvia (Polónia). - ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9628-9790> - E-mail: militaryrrguerra@gmail.com

³ **Orientador**/Doutor em Direito Penal e Política Criminal *cum laude* pela Universidade de Granada (UGR/Espanha) e Título de Doutor revalidado pela UERJ, Mestrado em Estudos Avançados em Direito Penal e Política Criminal e *Expertise* em Direito do Consumidor (Especialização) pela Universidade de Granada (UGR/Espanha). Secretário Municipal de Planejamento de Campina Grande/Paraíba (Brasil). Advogado Criminalista, Professor de Direito Penal e Processual Penal em Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Professor Efetivo da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas (UNIFACISA), Professor do Curso Preparatório à Magistratura (CPM) da Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMA/PB), Professor da Pós-Graduação do UNIPÊ e UNIESP e Ex-Professor do Máster en Derecho Penal Económico da Universidade de Granada (UGR/Espanha) e do Instituto de Altos Estudios Universitarios (IAEU/Espanha). - E-mail: felixaraujoneto@hotmail.com

Universidade de Minho (Portugal)

Félix Araújo Neto³

Universidade de Granada (UGR - Espanha)

DOI: <https://doi.org/10.62140/RARGFN4392025>

Sumário: 1.Introdução; 2. Contextualização Histórica do *Action for Peacekeeping*; 3. *Action for Peacekeeping* no Âmbito Global; 4. As Operações Militares e o *UN Peacekeeping*; 5. Direitos Humanos no Brasil e na Itália: Justiça pela Paz Mundial; 6. *Action for Peacekeeping* e o Militarismo sob o foco da Agenda 2030 da ONU; Considerações Finais e Referências Bibliográficas.

Resumo: Mundialmente, o termo *Action for Peacekeeping* remete às iniciativas humanitárias e as ações sociais promovidas por diversos países, a exemplo do Brasil e da Itália, que recebem há décadas o importante destaque no contexto das operações militares de paz sob a máxima atuação da Organização das Nações Unidas (ONU). Ademais, hoje em dia possuem uma força de ação militar em torno de 90 mil soldados com capacetes azuis, também conhecidos como *blue helmets* ou *UN peacekeepers*. Todavia liderados pelo Departamento de Operações de Paz (DPO), que atuam para resolver os conflitos armados por vias pacíficas e consoante o atual quantitativo do ano de 2023, há o registro da presença de noventa soldados *blue helmets* brasileiros vinculados aos comandos militares das Forças Armadas e Policiais Militares de vários estados brasileiros para promover e manter a paz em regiões de conflito, especialmente na África, Ásia e Oriente Médio. Destarte, a presente pesquisa vem a evidenciar a relevância das operações militares e as iniciativas pelos Direitos Humanos no Brasil e na Itália, com o foco nas Operações de Apoio à Paz brasileiras e italianas (PSOs). Mediante à ONU e à União Européia, que são respeitadas internacionalmente pela OTAN, uma vez que o Brasil e principalmente a Itália são os países mais expressivos no tocante à empregabilidade de mais de sete mil e

quinhentos soldados em vinte e quatro países atuando no contexto do *UN Peacekeeping*, essencialmente nos territórios que possuem os mais graves índices de violência e conflitos fortemente armados, como no Oriente Médio, o Norte da África, o Mediterrâneo e os Balcãs, para finalmente demonstrar o exemplo das Operações de Apoio à Paz brasileiras e italianas (PSOs), que transcendem as missões nacionais e multilaterais e que possuem o real compromisso humanitário em nível global.

Palavras-chaves: Operações Militares da ONU, Direitos Humanos, Brasil e Itália.

Abstract: Worldwide, the term *Action for Peacekeeping* refers to humanitarian initiatives and social actions promoted by several countries, such as Brazil and Italy, which have received important attention for decades in the context of military peacekeeping operations under the maximum action of the United Nations (UN). Furthermore, today they have a military action force of around 90,000 soldiers with blue helmets, also known as *blue helmets* or *UN peacekeepers*. However, led by the Department of Peacekeeping Operations (DPO), which works to resolve armed conflicts through peaceful means and according to the current number for the year 2023, there is a record of the presence of ninety Brazilian blue helmet soldiers linked to the military commands of the Armed Forces and Military Police of several Brazilian states to promote and maintain peace in conflict regions, especially in Africa, Asia and the Middle East. Thus, this research highlights the relevance of military operations and initiatives for Human Rights in Brazil and Italy, with a focus on Brazilian and Italian Peace Support Operations (PSOs). Through the UN and the European Union, which are respected internationally by OTAN, since Brazil and especially Italy are the most expressive countries in terms of employing more than seven thousand and five hundred soldiers in twenty-four countries acting in the context of UN Peacekeeping, essentially in territories that have the most serious rates of violence and heavily armed conflicts, such as the Middle East, North Africa, the Mediterranean and the Balkans, to finally demonstrate the example of Brazilian and Italian Peace Support Operations (PSOs), which transcend national and multilateral missions and which have a real humanitarian commitment at a global level.

Keywords: UN Military Operations, Human Rights, Brazil and Italy.

1. Introdução

Atualmente, *Action for Peacekeeping* remete às iniciativas humanitárias e as ações sociais promovidas por diversos países, a exemplo do Brasil e da Itália, que recebem há décadas o importante destaque no contexto das operações militares de paz sob a máxima atuação da Organização das Nações Unidas (ONU). Portanto, o presente estudo possui a finalidade em apresentar uma breve contextualização histórica do *Action for Peacekeeping* no contexto do Brasil e da Itália, assim como em diversos países nos quais recebem destaque em suas respectivas Operações de Paz. Ademais, a realidade do *Action for Peacekeeping* no âmbito global, as Operações Militares e o *UN Peacekeeping* em seus compromissos humanitários em áreas de guerra, ao haver a evidência para a realidade dos Direitos Humanos no Brasil e na Itália, bem como a Justiça pela Paz Mundial, relacionada às missões humanitárias do *Action for Peacekeeping* e o Militarismo sob o foco da Agenda 2030 da ONU. Inspirando os militares dos capacetes azuis, *blue helmets* ou *peacekeepers* em promover a paz no contexto dos conflitos bélicos e guerras civis em vários países, sobretudo na África, África e no Oriente Médio.

O *Action Peacekeeping* em pleno Século XXI, vem observando a importância de que todos os países e todas as partes interessadas, possam exercer a cidadania e uma parceria colaborativa, ao implementar novas ações sociais em erradicação da pobreza, bem como novas medidas que sejam transformadoras ao direcionar o mundo para um caminho sustentável e resiliente para todas as nações no âmbito nacional e internacional.

Finalmente, o *Action for Peacekeeping* seguindo os preceitos da Agenda 2030 da ONU em seus respectivos dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as 169 metas que demonstram o legado atemporal dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, buscam concretizar os direitos humanos, que são integrados e indivisíveis e a equilibrar as três dimensões do desenvolvimento

sustentável em suas esferas política, econômica, social e ambiental em respeito às populações inseridas em cenário de guerras no âmbito internacional.

2. Contextualização Histórica do *Action for Peacekeeping*

Inicialmente, o contexto histórico do *Action for Peacekeeping* remete aos ensinamentos de Andrade, Hamann e Soares (2021, p. 12-13) sob a perspectiva do cenário mundial e as informações do *Institute for Applied Economic Research* (IPEA) referentes ao ano de 2021, a participação do Brasil no contexto das *United Nations Peacekeeping Operations*, que possui momentos de evolução, desafios e também várias oportunidades, mediante pontuais aspectos históricos, políticos, econômicos e sociais. Uma vez que, “antes de iniciar uma análise sobre a trajetória brasileira nas operações de paz da ONU, é importante entender a estrutura institucional do governo brasileiro e da própria ONU com relação às operações de paz, como elas se inter-relacionam e, principalmente, como e por quem as decisões são tomadas para legitimar e efetivamente viabilizar a participação brasileira.”

O órgão da ONU responsável por lidar com questões administrativas das operações de paz é o Secretariado da ONU, atualmente chefiado pelo Secretário-Geral António Guterres, por meio do seu Departamento de Operações de Manutenção da Paz (DPKO), que trabalha em parceria com o Departamento de Serviços de Campo (DFS). Como forma de assegurar um canal oficial de comunicação com a ONU, o Brasil mantém a Missão Permanente junto às Nações Unidas em Nova York (*DelBras ONU*), com representantes que lidam com assuntos de interesse do país, incluindo operações de manutenção da paz. A *DelBras ONU* faz parte do Ministério das Relações Exteriores (MRE) do Brasil. Para compor a missão de forma mista e coordenada, há um corpo diplomático (do MRE) e um assessor militar,

que representa o Ministério da Defesa (MD) do Brasil.
(ANDRADE, HAMANN E SOARES, 2021, p. 12-13).

Todavia, ao observar a realidade do *Action for Peacekeeping*, através da visão organizacional e corporativa internacional, há o destaque para as atividades do Ministério da Defesa (MD) e suas respectivas tomadas de decisões acerca da participação das tropas brasileiras nas missões humanitárias da ONU. Além de uma efetiva articulação com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e do Ministério da Economia, para uma plena comunicação interna entre o Ministério das Relações Exteriores e a ONU, para uma bem-sucedida Declaração Interministerial endereçada ao Presidente da República no Brasil. Portanto, em caso de deferimento da presente Declaração Interministerial, deve ser submetida à avaliação pelo Congresso Nacional, para a concessão, autorização e expedição do Decreto Legislativo, que o devolve ao Presidente da República para expedir o Decreto Presidencial, marcando o início das atividades das Operações de Paz desempenhadas por tropas militares brasileiras e missões humanitárias internacionalmente.

3. *Action for Peacekeeping* no Âmbito Global

O *Action for Peacekeeping* brasileiro no âmbito global, por exemplo, é avaliado pelo Ministério das Relações Exteriores, assim relacionado à Candidatura do Brasil ao Conselho de Segurança das Nações Unidas no período de 2022 a 2023. Ademais, ao possuir importantes informações devidamente elencadas em uma cartilha, que proporciona detalhes acerca dos compromissos e das prioridades acerca da candidatura brasileira ao referido Conselho de Segurança da ONU.

A atuação do Brasil no Conselho de Segurança, em 2022-2023, primará pela defesa dos princípios basilares da Carta das Nações Unidas, que incluem a defesa resoluta das liberdades fundamentais, o respeito à dignidade humana e a prevalência dos direitos humanos, a fim de edificar uma paz genuína e

duradoura, assentada sobre os pilares da democracia e da justiça. O Brasil apresenta sólido histórico de contribuições para as operações de manutenção da paz e para as missões políticas especiais da ONU. Ao longo dos últimos 70 anos, participou de mais de 50 missões de paz, com mais de 55 mil militares e policiais. Exerceu o comando da Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti (MINUSTAH) por treze anos ininterruptos e o comando da Força-Tarefa Marítima da Força Interina das Nações Unidas no Líbano (UNIFIL) por quase dez anos. Destaca-se, ainda, a participação do Brasil na Missão da ONU para a Estabilização na República Democrática do Congo (MONUSCO), onde exerce o comando do componente militar e onde equipe móvel de treinamento especializada em guerra na selva proporciona capacitação de tropas de terceiros países que integram a Missão. O Brasil tem, além disso, sediado cursos de treinamento da ONU e cooperado com diversos países na capacitação de suas tropas. (BRASIL, Ministério das Relações Exteriores, 2023).

Contextualizando globalmente o *Action for Peacekeeping* é interessante a participação brasileira através do Grupo Latino-Americano e Caribenho (GRULAC), especialmente pela crescente evolução histórica das missões de paz e segurança internacionais para a defesa e proteção dos direitos humanos, liberdades fundamentais e da dignidade humana no Brasil e no mundo. Através das mais relevantes atividades das tropas militares brasileiras, os *blue helmets* nacionais em Missões da ONU.

Consoante às atemporais ideias de Pugh (2004, p. 39-58), há de fato uma “desconstrução do papel das operações de apoio à paz, ao sugerir que elas possam sustentar uma ordem particular da política mundial, que privilegia os estados ricos e

poderosos em seus esforços para controlar ou isolar partes indisciplinadas do mundo. Como um dispositivo de gestão, ele cresceu em importância à medida que os imperativos estratégicos do mundo capitalista pós-industrializado neutralizaram as pretensões universais das Nações Unidas.”

Contudo, a realidade do *Action for Peacekeeping* sob a presente visão, há os desafios de enfrentar diversas disfunções da economia política global, que persistem em pleno Século XXI e na era da informação digital, uma estrutura imperialismo liberal, sobretudo diante de duas dinâmicas na política mundial que podem ser exploradas para uma “transformação contra-hegemônica na governança global.” Primeiro, uma mudança radical no sistema de comércio global e suas instituições problemáticas criarão oportunidades para emancipar os fracos da hegemonia econômica. Segundo, futuras guerras em rede provavelmente exigirão equipes cada vez mais sutis e flexíveis, semelhantes a especialistas em assistência a desastres, para fornecer ação preventiva, ajuda econômica e proteção civil.”

O *Action for Peacekeeping* no âmbito global e as suas respectivas missões de pacificação em áreas de guerra, bem como as ações sociais e humanitária, necessitam cada vez mais de novas operações de incentivo à paz do sistema de controle centrado no Estado e também o pleno exercício de instituições responsáveis, que sejam também transparentes, democráticas com reais compromissos com os direitos humanos e com a dignidade humana em efetiva atuação dos capacetes azuis ou *blue helmets* no cenário mundial.

4. As Operações Militares e o *UN Peacekeeping*

Mundialmente, a participação do Brasil nas Operações de Paz, por exemplo, recebem destaque no contexto de Suez ao Haiti, que conforme às ideias de Seitenfus (2008), há o registro de que “o Brasil também enviou dez militares para a Missão de Observação das Nações Unidas na Índia-Paquistão – *UNIPOM (1965-1966)* e vinte militares para a Força das Nações Unidas para Manutenção da Paz no Chipre – *UNFICYP (1964-1967)*”. Uma vez que, também houve a recorrente participação do Brasil em Operações de Paz e sua suspensão no período de 1967 e 1989, devido às

limitações organizacionais e o consequente não-engajamento em atuação dos *blue helmets*, assim pelo período da Ditadura Militar ocorrida no Brasil durante o período de 1964 a 1985 em todo território nacional.

Mencionando o cenário de crises diplomáticas no cenário internacional, em outros países, que impediam o pleno exercício do *UN Peacekeeping* ou do *Action Peacekeeping*, no período de 1960 a 1964, relacionadas ao Canadá e ao Congo, por exemplo, Spooner (2009), evidencia que “o envolvimento do Canadá na missão de manutenção da paz não foi direto. À medida que os formuladores de políticas ponderavam o relacionamento do Canadá com a África, o Canadá se envolveu em uma complexa rede de determinantes de política externa e de defesa.”

Principalmente no que se refere à “política interna, compromissos com a OTAN, a política de descolonização, a Guerra Fria, a natureza cada vez mais intervencionista do mandato da missão e as atitudes canadenses sobre o uso da força e o governo canadense hesitou em atender ao chamado da ONU, e suas sérias e contínuas reservas sobre a missão desafiaram noções estimadas do compromisso do Canadá com a ONU e seu status como um mantenedor da paz.”

Ademais, assim como o Canadá, o Brasil e a Itália também possuem o seu compromisso histórico com a ONU nas Operações de Paz, principalmente sob os preceitos da Agenda 2030 da ONU, em que as organizações não-governamentais e as instituições que lidam com os direitos humanos, principalmente em território brasileiro, italiano e mundial. Principalmente ao disseminar novos conhecimentos acerca do *Action Peacekeeping* em atuação humanitária, que muitas vezes salvam vidas milhares de vidas, ao proporcionarem a distribuição de alimentos, água potável, medicamentos e a defesa da segurança da população civil em áreas conflitos armados, essencialmente na África, Ásia e no Oriente Médio.

5. Direitos Humanos no Brasil e na Itália: Justiça pela Paz Mundial

Abordando o *Action for Peacekeeping* pela visão do Ministério das Relações Exteriores e pela Representatividade do Brasil na ONU, há um profícuo debate sobre

a proteção da população civil nos conflitos armados internacionalmente. Essencialmente, através de uma Declaração do Representante Permanente do Brasil junto às Nações Unidas, o Embaixador Ronaldo Costa Filho em Debate Aberto do Conselho de Segurança da ONU sobre a Proteção de Civis em Conflitos Armados, divulgada no dia 25 de maio de 2022, ao observar três importantes aspectos.

Primeiro, as operações de manutenção da paz continuam a desempenhar um papel fundamental na promoção de estratégias de PoC (*Protection of Civilians*), já que mais de 95% dos Mantenedores da Paz da ONU são mandatados para proteger civis. Portanto, é importante explorar como os mantenedores da paz da ONU podem contribuir melhor para as estratégias de PoC. Nesse contexto, os mantenedores da paz da ONU devem aumentar o uso de comunicações estratégicas, que podem promover o diálogo e o engajamento local, bem como criar um ambiente protetor. As comunicações estratégicas podem contribuir para os objetivos de PoC de várias maneiras, como dissuadir ataques retaliatórios; Informar as comunidades locais sobre as medidas que as missões estão tomando; Desencorajar as populações locais de se juntarem a grupos armados; Esclarecer informações incorretas, bem como os objetivos das missões; promover a coesão social; E combater narrativas que exacerbam a violência. Segundo, todas as partes em conflitos armados devem facilitar a passagem segura e desimpedida para ações de socorro que sejam humanitárias e imparciais em caráter e conduzidas sem qualquer distinção adversa, em conformidade com o direito internacional humanitário. É preocupante que

algumas partes em conflitos tenham imposto medidas burocráticas para dificultar as operações humanitárias, conforme descrito no relatório do SG. Outro desafio está relacionado aos relatos de consequências não intencionais das sanções da ONU à assistência humanitária. Terceiro, o direito internacional humanitário já fornece uma estrutura sólida para proteger civis, conforme previsto nas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais. (*Statement by the Permanent Representative of Brazil to the United Nations, Ambassador Ronaldo Costa Filho, at the UNSC Open Debate on Protection of Civilians in Armed Conflict, 2022*).

Portanto, ante o exposto pelo Embaixador Ronaldo Costa Filho, Representante do Brasil na ONU em seu Pronunciamento no referido *UNSC Open Debate on Protection of Civilians in Armed Conflict*, há uma evidência de que deve haver uma verdadeira implementação das normas e decretos internacionais. Uma vez que, o próprio Conselho de Segurança da ONU deve exigir respeito e adesão ao direito internacional humanitário de forma consistente e de que qualquer violação deve ser submetida a mecanismos imparciais e não seletivos de responsabilização, principalmente, através de meios e demais instrumentos relevantes do Direito Penal Internacional nas violações aos direitos humanos em nível global.

Atualmente, no tocante ao *Action for Peacekeeping* em relação à construção da paz liberal na revisão de estudos internacionais, há interessantes observações por parte de Roland Paris em 2010, através da pesquisa *Saving Liberal Peacebuilding in Review of International Studies*, ao verificar que “a construção da paz liberal se tornou alvo de críticas consideráveis. Embora muitas dessas críticas sejam justificadas, vários acadêmicos e comentaristas chegaram à opinião de que a construção da paz liberal é fundamentalmente destrutiva, ou ilegítima, ou ambas.” Para tanto, assevera também que “em uma análise mais detalhada, no entanto, muitas dessas críticas parecem ser exageradas ou mal

direcionadas. Em um momento em que o futuro da construção da paz é incerto, é importante distinguir entre críticas justificadas e injustificadas e promover um debate mais equilibrado sobre o significado, as deficiências e as perspectivas da construção da paz liberal”, conceitos plenamente aplicáveis na realidade do Brasil e da Itália.

6. *Action for Peacekeeping* e o Militarismo sob o foco da Agenda 2030 da ONU

O cenário mundial do *Action Peacekeeping* ou do *UN Peacekeeping* e do Militarismo sob o foco da Agenda 2030 da ONU, corresponde também ao destaque do Brasil e da Itália, em seus notáveis compromissos com as ações sociais e missões humanitárias nas últimas décadas e semelhante ao Brasil, a atuação da Itália neste contexto de atuação das tropas dos militares *blue helmets*, há os argumentos interessantes de Tercovich (2018) de que “A Itália foi admitida nas Nações Unidas (ONU) em 1955. Em uma mistura de "multilateralismo genético" da sociedade italiana e o "multilateralismo institucional" da Constituição italiana, a ONU logo adquiriu uma posição central na política externa italiana e a participação italiana na ONU e suas instituições se tornaram cada vez mais ativas.” Portanto, a Itália sob a percepção autoral é considerada a maior contribuinte de tropas para as operações de manutenção da paz da ONU entre os países ocidentais, que “desde a década de 1960, a Itália participou de 33 operações de manutenção da paz da ONU.”

O compromisso italiano com a ONU enfrentou quatro principais pontos de virada: o lançamento da missão UNOSOM II na Somália (1992), a contribuição para a Missão de Administração Interina da ONU em Kosovo (1999), o envolvimento no Afeganistão e Iraque (2001-05) e o envolvimento com a missão UNIFIL II (2006). Ao fornecer uma visão geral histórica da abordagem da Itália para a manutenção da paz da ONU e explicar os diferentes engajamentos e desligamentos impulsionam

a mudança nas prioridades da política externa do país e a influência de fatores domésticos. (TERCOVICH, 2018).

Todavia, também semelhante ao Brasil, a Itália vem a somar esforços no que diz respeito a enobrecer os direitos fundamentais, os direitos humanos e a superar os diversos momentos de grandes obstáculos e desafios ocorridos no cenário internacional. A Agenda 2030 da ONU evidencia que há bilhões de cidadãos continuam a viver na pobreza e a eles é negada uma vida digna e também há crescentes desigualdades entre as nações no âmbito global.

O *Action Peacekeeping* está inserido no cenário mundial que será também compreendido através dos preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, que vem a considerar “O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de Dezembro de 1948).

Contudo, o maior desafio para o *Action for Peacekeeping* mundialmente é permanecer diante das enormes disparidades políticas, econômicas, sociais e culturais, a pobreza, desigualdade entre gêneros e diversos fatores de divergências sociais, políticas e econômicas, ao exemplo das consequências enfrentadas pelas populações em contexto das violência e das guerras civis, principalmente por graves violações dos direitos fundamentais, direitos humanos, as ameaças globais de saúde, os desastres naturais mais frequentes e intensos, os conflitos em ascensão, o extremismo violento, o terrorismo e as crises humanitárias relacionadas e o deslocamento forçado de pessoas ameaçam reverter grande parte do progresso do desenvolvimento ocorridos durante anos em todo cenário internacional.

Considerações Finais

Contextualizando o *Action for Peacekeeping* nos dias atuais é possível perceber o quanto tais iniciativas humanitárias e as respectivas ações sociais, assim promovidas por diversos países, principalmente sob a perspectivas do Brasil e da Itália, há o reconhecimento por décadas das missões dos *blue helmets* diante das operações militares de paz incentivadas em nível global pela Organização das Nações Unidas (ONU). Todavia, no Século XXI, o *Action for Peacekeeping* representa uma importante força de ação militar em torno de 90 mil soldados com capacetes azuis *UN peacekeepers* no cenário contemporâneo internacional.

Todavia, o destaque para o Departamento de Operações de Paz (DPO), que possuem a missão para solução dos conflitos armados transfronteiriços por medidas pacíficas e no âmbito de suas respectivas atividades, principalmente no período de 2023 a 2024, mediante o registro de milhares de soldados *blue helmets* nos *fronts* e nos mais diferentes cenários de guerra da África, Ásia e Oriente Médio, a fornecer ajuda humanitária e a manutenção da paz nas regiões de conflitos bélicos, que muitas vezes vem a ceifar vidas de milhares de pessoas em todo mundo.

Portanto, a realidade atual do *Action for Peacekeeping* em relação ao Brasil e à Itália sob a ótica da Agenda 2030 da ONU, é possível verificar uma nova

mentalidade institucional em promover uma maior participação quantitativa dos referidos países nas Operações de Paz. Uma vez que, as tropas militares que atuam nas missões humanitárias possuem uma significativa relevância global para os direitos humanos. Principalmente, ao ressaltar um importante significado às Operações Militares de Paz e a todas as iniciativas do *UN Peacekeeping*.

Mundialmente, o *Action for Peacekeeping* recebe a sigla *AAP*, assim também reconhecida no Brasil e na Itália, voltada às Operações de Paz e cientes de que os conflitos bélicos possuem altos riscos à integridade física aos militares dos capacetes azuis por desempenharem suas atividades em ambientes permeados por guerras e extrema violência, principalmente diante de preceitos essenciais pautados pelo alto desempenho na proteção dos civis em missões humanitárias multidimensionais dos direitos humanos e a justiça pela paz mundial.

Finalmente, o cenário internacional precisa cada vez mais de proatividade e a implementar os constantes esforços do Conselho de Segurança e da Assembléia Geral e do Secretariado da ONU em contínuo aperfeiçoamento das Operações Militares do *Action for Peacekeeping* e do Militarismo sob o foco da Agenda 2030 da ONU, um verdadeiro compromisso com os direitos fundamentais e os preceitos dos direitos humanos no Brasil, Itália e no mundo, principalmente na devida capacitação dos *blue helmets* para as futuras missões humanitárias, ao permitem o engajamento de vários países convidados pelas Nações Unidas possam unir forças pela bem-estar e a paz social em âmbito global.

Referências Bibliográficas:

Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. ONU Brasil (Nações Unidas Brasil). Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel>. Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

ANDRADE, I. de O.; HAMANN, E. P.; SOARES, M. A. *Brazil's participation in United Nations Peacekeeping Operations: Evolution, Challenges, and Opportunities*. Brasília, DF: IPEA, Jan . 2021. *Discussion Paper*, 254. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/dp_254.pdf Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Candidatura do Brasil ao Conselho de Segurança das Nações Unidas 2022-2023. Brasília, DF: Ministério das Relações Exteriores; FUNAG, 2021b. Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca-nova/produto/1-1144> . Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Statement by the Permanent Representative of Brazil to the United Nations, Ambassador Ronaldo Costa Filho, at the UNSC Open Debate on Protection of Civilians in Armed Conflict - May 25th, 2022*. Publicado em 21/06/2024. Nova York, 2021c. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/delbrasonu/the-permanent-mission-of-brazil-to-the-un/statements/2022/may-2022/statement-by-the-permanent-representative-of-brazil-to-the-united-nations-ambassador-ronaldo-costa-filho-at-the-uns-open-debate-on-protection-of-civilians-in-armed-conflict-may-25th-2022> . Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

PARIS, Roland. *Saving Liberal Peacebuilding in Review of International Studies*. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/review-of-international-studies/article/abs/saving-liberal-peacebuilding/7D418DC4B737D4F8F7249A8816911EB6>

Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

PUGH, Michael C. *Peacekeeping and Critical Theory, International Peacekeeping*. Disponível em: <https://bradscholars.brad.ac.uk/handle/10454/4033>

Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

SEITENFUS, R. De Suez ao Haiti: Participação Brasileira nas Operações de Paz. *In*: FUNAG – FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO (Org.). O Brasil e a ONU. Brasília: FUNAG, 2008.

SPOONER, K. A. *Canada, the Congo Crisis, and UN Peacekeeping*, 1960-64. Vancouver: UBC Press, 2009.

TERCOVICH, Giulia. *Italy and UN Peacekeeping: Constant Transformation*. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315145365-5/italy-un-peacekeeping-constant-transformation-giulia-tercovich> Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> . Acesso em: 05 de Janeiro de 2025.

**DIREITO À MEMÓRIA E REPARAÇÃO: NOVAS GARANTIAS
FUNDAMENTAIS EM TRANSIÇÕES DEMOCRÁTICAS –
RECONHECIMENTO DO GENOCÍDIO DOS POVOS ORIGINÁRIOS
GUARANI-KAIOWÁ DURANTE A DITADURA MILITAR**

*The Right to Memory and Reparation: New Fundamental Guarantees in Democratic Transitions
– Recognition of the Genocide of the Guarani-Kaiowá Indigenous Peoples During the Military
Dictatorship*

Armindia Ludmila Deveza Martins da Rocha¹

Universidade Estácio de Sá - UNESA

DOI: <https://doi.org/10.62140/ALDMR4562025>

Sumário: I. Introdução II. Políticas Governamentais Durante a Ditadura Militar e os Povos Guarani-Kaiowá III. Direito à Memória e Verdade e as Consequências do Genocídio IV. Desafios e Perspectivas para Reparação dos Povos Indígenas Brasileiros V. Considerações Finais VI. Referências.

Resumo: Este artigo analisa o direito ao reconhecimento do genocídio dos povos originários brasileiros durante a ditadura militar (1964-1985), tendo como escopo as tribos Guarani-Kaiowá. Através de justificativas de políticas de desenvolvimento, resultaram em deslocamentos forçados, violação sistemática de direitos humanos e apagamento cultural. A memória histórica é destaque como ferramenta de grande importância para a justiça e reparação, que permite que as comunidades indígenas consigam reconquistar sua dignidade social, cultural e

¹ Doutoranda em Direito Público e Evolução Social, linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Direito Público e Evolução Social, linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. ludmila1980@gmail.com

territorial. Através de instrumentos internacionais, como a Convenção 169 da OIT e da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, marcam uma nova era de direitos e uma conquista para os povos originários, trazendo maior segurança aos seus direitos coletivos e à autodeterminação. Entretanto, a reparação exige muito mais do que simplesmente a demarcação de terras, pois requer políticas públicas inclusivas, que valorizem a cultura dos povos originários, além do combate ao racismo estrutural. A luta dos Guarani-Kaiowá reflete um desafio global enfrentado por povos como os curdos, armênios e palestinos, ressaltando a urgência de ações que preservem a identidade e a diversidade cultural, além de promover uma justiça histórica para esses povos. O artigo conclui destacando a necessidade do Brasil reconhecer seu passado genocida e implementar medidas concretas que garantam um futuro digno e justo às comunidades indígenas.

Palavras-chave: Genocídio Indígena; Ditadura militar; Direitos Humanos; Reparação; Guarani-Kaiowá.

Table of contents: I. Introduction II. Government Policies During the Military Dictatorship and the Guarani-Kaiowá People III. Right to Memory and Truth and the Consequences of Genocide IV. Challenges and Perspectives for Reparations for Brazilian Indigenous Peoples V. Conclusion

Abstract: This article analyzes the right to recognize the genocide of Brazilian indigenous peoples during the military dictatorship (1964-1985), focusing on the Guarani-Kaiowá tribes. Justified as development policies, these actions resulted in forced displacements, systematic human rights violations, and cultural erasure. Historical memory is highlighted as a critical tool for justice and reparation, enabling indigenous communities to reclaim their social, cultural, and territorial dignity. International instruments such as ILO Convention 169 and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples mark a new era of rights and a milestone for indigenous peoples, bringing greater security to their collective rights and self-determination. However, reparation requires much more than land demarcation; it demands inclusive public policies that value indigenous cultures and combat structural racism. The Guarani-Kaiowá struggle reflects a global challenge faced by peoples such as the Kurds, Armenians, and Palestinians, underscoring the

urgency of actions to preserve identity and cultural diversity, as well as promote historical justice for these peoples. The article concludes by emphasizing the need for Brazil to acknowledge its genocidal past and implement concrete measures to ensure a dignified and just future for indigenous communities.

Keywords: Indigenous Genocide; Military Dictatorship; Human Rights; Reparation; Guarani-Kaiowá.

I. Introdução

O presente artigo busca analisar o reconhecimento do genocídio dos povos indígenas durante a ditadura militar, além de trazer noções sobre memória e reparação, e como esse exame traduz a classificação de direitos que refletem demandas crescentes da sociedade contemporânea dos novos direitos e garantias fundamentais. Para isso, toma como escopo o povo da tribo indígena brasileira Guarani Kaiowá, que fica localizada no Mato Grosso do Sul, fazendo fronteira com a Bolívia e com o Paraguai.

O período ditatorial no Brasil foi caracterizado por políticas repressivas e iniciativas de desenvolvimento que invadiram os territórios indígenas resultando em sérias violações dos direitos humanos e na devastação de culturas locais junto com territórios e um número incalculável de vítimas sob responsabilidade do governo (Valente, 2016).

De acordo com as definições da Organização das Nações Unidas (ONU) e de outros acordos internacionais, os direitos humanos representam um conjunto de garantias universais e imprescritíveis, essenciais para a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões. Em matéria publicada em 24 de outubro de 2024, revelou-se que o regime militar brasileiro, durante seu período de vigência, temeu ser denunciado internacionalmente por práticas genocidas contra os povos indígenas e mobilizou-se estrategicamente para enfrentar a possibilidade de uma crise diplomática em uma conferência da ONU².

² <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2024/10/24/ditadura-temeu-ser-denunciada-por-genocidio-de-indigenas-revelam-arquivos.htm>

Diante desse cenário, é fundamental destacar que a legislação internacional voltada aos povos e comunidades indígenas não apenas reconhece direitos individuais, mas também consolida direitos coletivos, tratando-os como sujeitos plenos do Direito Internacional. Entre esses direitos, destaca-se o direito de propriedade sobre a terra e o controle dos recursos naturais em seus territórios, elementos indispensáveis para sua subsistência e preservação cultural. Esses preceitos reforçam a necessidade de proteção às comunidades indígenas contra práticas que configuram genocídio, como a exploração desenfreada de suas terras, a violência sistemática e o apagamento de suas identidades culturais (Passinato, 2022).

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhecem e consolidam os direitos coletivos dos povos originários, destacando a preservação de sua identidade cultural e organização social. No entanto, durante a ditadura militar no Brasil, essas garantias foram sistematicamente ignoradas. Em vez de promover a proteção e o respeito pelos direitos indígenas, o Estado implementou políticas repressivas e práticas que resultaram no apagamento cultural e na negação de seus direitos territoriais. A tentativa de apagar as evidências de genocídio contra os povos indígenas, especialmente os Guarani-Kaiowá, foi parte de uma narrativa construída para mascarar as violações que não apenas desrespeitavam esses instrumentos internacionais, mas também reforçavam uma ideologia colonialista que buscava silenciar suas demandas e sua existência³.

O reconhecimento dos direitos coletivos em nível global foi essencial para oferecer maior segurança às comunidades indígenas, não apenas no Brasil, mas também em outras partes do mundo onde minorias étnicas enfrentam perseguições sistemáticas, como os curdos, armênios e palestinos. A luta desses povos reflete um esforço constante para preservar sua identidade cultural e seus territórios, mesmo diante de políticas genocidas. No contexto brasileiro, esses exemplos reforçam a urgência de garantir aos povos indígenas, como os Guarani-Kaiowá, o acesso pleno

³ https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11_2022_port.pdf

à memória histórica e à justiça reparadora. Essas ações são indispensáveis para reconhecer e reparar os horrores das práticas genocidas do regime militar, que visavam eliminar não apenas a presença física, mas também a identidade cultural e os direitos dos povos indígenas (Hiroshi, 2019).

Ao longo da história do Brasil, os povos originários, como os Guarani-Kaiowá, têm enfrentado incessantes desafios para garantir e proteger seus direitos, vivendo em constante resistência às forças invasoras e opressoras desde o início da colonização europeia. Mesmo com a formação do Estado brasileiro, as lutas desses povos por direitos fundamentais permanecem intensas e atuais. Durante o regime militar (1964-1985), a situação se tornou ainda mais alarmante, com a implementação de políticas e práticas que ameaçaram diretamente a cultura, a existência e a integridade física dessas comunidades. Nesse período, as ações de genocídio e deslocamento forçado foram sistematicamente promovidas, resultando em perdas irreparáveis de vidas, culturas e territórios. Além disso, o regime buscou encobrir essas atrocidades, utilizando-se de estratégias para silenciar denúncias e apagar as evidências do extermínio das comunidades indígenas (Passinato, 2022).

Ainda hoje, é possível observar que conflitos e confrontos envolvendo povos originários continuam presentes em diversas partes do mundo. Esses embates frequentemente resultam no deslocamento forçado e na expulsão de populações indígenas, que já enfrentam condições de marginalização social e invisibilidade histórica. No Brasil, durante o regime militar, essa dinâmica foi amplificada, com o Estado promovendo ações sistemáticas de extermínio cultural e físico contra os povos indígenas. Enquanto suas terras eram apropriadas, suas culturas e modos de vida eram violentamente desestruturados, sob o pretexto de progresso e segurança nacional. Paralelamente, os militares buscavam ocultar esses crimes, utilizando uma retórica de integração e desenvolvimento para justificar ações genocidas e tentar apagar da memória coletiva as consequências devastadoras de suas políticas (Stamatopoulou, 2017).

Estados modernos frequentemente financiam exércitos e grupos paramilitares, direta ou indiretamente, promovendo práticas como detenções arbitrárias, interrogatórios, tortura e execuções extrajudiciais, além de outras violações

aos direitos humanos As autoridades justificam essas medidas em nome da luta contra o terrorismo ou em defesa da segurança pública sob os princípios do Estado de Direito aplicados à nação como um todo ou aos grupos étnicos específicos presentes no cenário global (Fukurai, 2019).

Assim, busca-se compreender qual tem sido o papel do governo brasileiro na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas, especialmente no contexto da busca pela memória histórica e pela justiça para os Guarani-Kaiowá. Essa análise considera os eventos genocidas cometidos durante a ditadura militar e como esses atos de violência e tentativa de apagamento se conectam aos desafios enfrentados por outras comunidades minoritárias em situações semelhantes, tanto no Brasil quanto em contextos internacionais.

Essa análise busca compreender o papel do governo brasileiro na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas e examinar as barreiras legais, sociais e políticas que dificultam o reconhecimento pleno de seus direitos à memória, verdade e reparação. É urgente implementar políticas públicas e fomentar apoio internacional, assegurando a autonomia cultural e territorial dos Guarani-Kaiowá, além de preservar sua dignidade e direitos.

II. Políticas Governamentais Durante a Ditadura Militar e os Povos Guarani-Kaiowá

Existem diferentes interpretações sobre a história, moldadas pela perspectiva de quem narra. Nesse contexto, o direito internacional desempenha um papel essencial na resolução de conflitos entre interesses nacionais e os direitos dos povos, especialmente quando esses interesses se confrontam, exigindo uma análise geopolítica. Estudos tradicionais frequentemente consideram o mundo como composto por 193 Estados-membros reconhecidos pela ONU, ignorando a existência de grupos étnicos e minorias que, dependendo do contexto, são rotulados como terroristas, rebeldes ou separatistas. A análise da Nação Original, conforme Fukurai (2019), revela como Estados modernos e impérios coloniais invadiram, exploraram e se apropriaram de terras ancestrais, promovendo limpeza étnica de forma predatória e destrutiva.

No final da década de 1960, denúncias de genocídio ganharam repercussão nacional e internacional, com um relatório de 1967⁴ expondo graves violações envolvendo o Serviço de Proteção ao Índio. Tal exposição constrangeu o regime militar, que buscava legitimidade internacional enquanto intensificava práticas repressivas.

A análise aborda como essas políticas contribuíram para a marginalização e violência contra os povos indígenas, além de discutir o papel do Estado em relação à memória e reparação histórica. A Primeira Conferência Internacional sobre Direitos Humanos da ONU, em 1968⁵, expôs o contraste entre os direitos humanos defendidos globalmente e as práticas do regime militar, reforçando a urgência de reconhecer a dignidade indígena e reparar as violações históricas, garantindo a preservação cultural e territorial desses povos.

O direito à autodeterminação dos povos indígenas, consagrado pela Constituição de 1988⁶ e reforçado por convenções internacionais, como a Convenção 169⁷ da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é de suma importância para a preservação das culturas e dos territórios indígenas no Brasil, pois assegura a essas comunidades o direito de administrar suas terras e serem consultadas em decisões que impactem seus valores culturais e modos de vida.

O reconhecimento desse direito pelo direito internacional teve um papel crucial para garantir que os povos indígenas mantenham sua cultura, não só no Brasil, mas também em outras regiões do mundo, onde possuam minorias étnicas que buscam preservar sua autonomia e identidade. O reconhecimento desse direito pelo direito internacional tem sido crucial para que os povos indígenas mantenham suas culturas, não apenas no Brasil, mas também em outras regiões onde minorias étnicas

⁴ <https://midia.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>

⁵ <https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>

⁶ Artigo 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁷

<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>

enfrentam desafios semelhantes, como os palestinos⁸, armênios⁹ e curdos¹⁰. Todos esses grupos resistem a genocídios e ocupações para preservar suas culturas, autonomias e territórios, refletindo uma busca incessante pelo direito de decidir seu próprio destino. É uma luta que atravessa fronteiras e se torna um exemplo de busca pela autodeterminação.

Os significados atribuídos aos termos e expressões vão além de suas definições linguísticas, sendo moldados por sujeitos históricos e influenciados pela ideologia que os rege. Nesse contexto, o conceito de genocídio contra os povos indígenas tem sido frequentemente minimizado ou ocultado ao longo da história, conforme interesses e narrativas moldaram as práticas governamentais. Durante a ditadura militar brasileira, essa dinâmica se intensificou, pois as políticas estatais buscaram justificar e acobertar as práticas genocidas sob o pretexto de desenvolvimento e integração nacional. Assim, o genocídio foi interpretado e reinterpretado como uma consequência inevitável de políticas expansionistas, enquanto os direitos e as culturas indígenas eram sistematicamente desconsiderados (Orlandi, 1993).

O conceito de autodeterminação, conforme discutido nas Abordagens da Nação Original ao Direito “Inter-Nacional” (ONAIL) de Hiroshi Fukurai, destaca como o direito internacional pode ser instrumentalizado pelo Estado e por interesses corporativos, frequentemente ameaçando o meio ambiente e a diversidade cultural das nações indígenas em prol de agendas econômicas. Fukurai define esse modelo como uma “aliança tripartite” entre Estado, corporações e instituições multilaterais, evidenciada no Brasil durante a ditadura militar, onde políticas de desenvolvimento justificaram a invasão de territórios indígenas e o genocídio cultural e físico dessas comunidades.

Ao longo dos últimos cinco séculos, as políticas estatais em relação aos povos indígenas foram moldadas por interesses dominantes, adaptando-se a

⁸ <http://educapes.capes.gov.br/handle/1884/40400>

⁹ <https://www.fflch.usp.br/1329>

¹⁰ <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc26f87f3f9f7c0f>

diferentes contextos históricos. No Brasil, essas populações enfrentaram períodos de extrema violência e desrespeito, culminando em práticas genocidas durante a ditadura militar. Sob o regime autoritário, ações governamentais, disfarçadas de desenvolvimento e integração, provocaram deslocamentos forçados, destruição de comunidades e apagamento cultural. Essas práticas não apenas violaram direitos humanos, mas também reforçaram uma lógica colonialista que buscava subjugar e eliminar a diversidade indígena, perpetuando um padrão de violência sistêmica que persiste até os dias atuais.

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o conceito de autodeterminação dos povos originários, especialmente na primeira metade do século XX, refletia as diferentes orientações políticas do mundo polarizado daquela época. Para os socialistas, liderados pela antiga URSS, a autodeterminação estava vinculada ao ideal marxista de libertação das classes oprimidas. Já para os liberais, alinhados aos EUA, esse conceito era associado aos ideais de democracia liberal e ao nacionalismo europeu (Anjos Filho, 2009).

Após a Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a proteção dos direitos humanos ganhou destaque no cenário internacional, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945¹¹. No entanto, enquanto o mundo avançava em direção a princípios que buscavam a dignidade e a liberdade dos povos, o Brasil, durante a ditadura militar, perpetuava práticas de violação sistemática contra os povos indígenas. Sob o pretexto de desenvolvimento nacional, o regime autoritário ignorava as normas internacionais emergentes e aprofundava a exploração, o deslocamento forçado e o genocídio cultural dessas comunidades.

A ditadura militar no Brasil contrapunha-se às iniciativas internacionais ao promover políticas que mascaravam violações graves com discursos de integração e progresso. Embora a ONU e outros instrumentos internacionais pregassem a preservação da diversidade e a proteção das minorias, o regime usava a lógica da assimilação forçada e da eliminação cultural para justificar as atrocidades cometidas

¹¹ <https://unric.org/pt/historia-da-onu/>

contra os povos indígenas, expondo a distância entre as promessas de direitos humanos globais e a realidade vivida no país.

Entretanto, a realidade dos Estados modernos, incluindo o Brasil durante a ditadura militar, era marcada por práticas de exclusão e subjugação de povos indígenas, evidenciando a resistência contínua dessas comunidades em reivindicar seu espaço em uma ordem política que frequentemente ignorava ou apagava suas existências. Sob a narrativa de progresso e unidade nacional, o regime militar perpetuou políticas que desconsideravam a pluralidade étnica e buscavam a assimilação forçada, enquanto crimes como o genocídio cultural e físico eram cometidos contra essas populações. Essa negação de reconhecimento e respeito às diferenças étnicas revelou a dificuldade de Estados em acolher e valorizar a diversidade em suas estruturas políticas (Anjos Filho, 2009).

É fundamental que as instituições e agentes que tratam das questões indígenas no Brasil abandonem práticas discriminatórias e obsoletas, como a distinção entre "índios integrados" e "não integrados", utilizada durante a ditadura militar para justificar políticas de assimilação forçada e genocídio cultural. Durante o regime militar, tais classificações não apenas reforçaram um discurso evolucionista ultrapassado, mas também serviram para negar direitos e legitimar a violência estrutural contra os povos indígenas. Índios são e continuarão sendo índios, independentemente de tentativas de integração ou processos de aculturação impostos pelo Estado. Essa visão, refutada há décadas pelas ciências sociais, também foi superada pela Constituição Brasileira de 1988 e pela Convenção 169¹² da OIT¹³, que reconhecem a necessidade de respeitar a identidade e os direitos coletivos dos povos indígenas, independentemente das narrativas utilizadas no passado para invisibilizar

12

<https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20%C2%BA%20169.pdf>

¹³ Brasil se tornou signatário da Convenção 169 de 1989 da Organização Internacional do Trabalho – principal texto legal internacional em vigor, relacionado à proteção dos direitos indígenas e que revisou a Convenção 107 de 1957. A Convenção 169 impõe aos países signatários o respeito aos povos indígenas de continuarem a viver em suas terras, segundo os seus valores e costumes, podendo decidir livremente sobre o seu futuro sem serem consultados e ouvidos pelos órgãos do Estado.

e suprimir suas culturas, que asseguram os direitos indígenas no âmbito nacional e internacional.

Durante a ditadura militar, o governo brasileiro adotou políticas sistemáticas de assimilação cultural com o objetivo de "civilizar" as comunidades indígenas, desconsiderando suas identidades culturais e ignorando denúncias de genocídio que ganhavam repercussão nacional e internacional. Conforme pesquisa realizada por João Roriz e Renata Nagamine, da UFG e da USP¹⁴, essa preparação incluía uma argumentação jurídica que legitimava ações de apagamento cultural, ao mesmo tempo em que buscava ocultar as graves violações de direitos humanos contra os povos indígenas.

De acordo com o Relatório Figueiredo, os crimes perpetrados contra as tribos indígenas nesse período variaram de assassinatos individuais e coletivos a práticas de trabalho escravo, apropriação e desvio de recursos pertencentes ao patrimônio indígena. Além disso, houve a doação criminosa de terras, desvios de verbas orçamentárias destinadas à proteção dos povos indígenas e uma série de outras ações que demonstravam a conivência do Estado com a destruição sistemática dessas comunidades. Esse cenário reflete uma política deliberada de exploração e marginalização, fundamentada em uma lógica autoritária e racista, que perpetuou a vulnerabilidade e o genocídio dessas populações¹⁵.

De acordo com a Comissão Nacional da Verdade (CNV), no relatório publicado em 2014, há uma seção que trata das violações dos direitos humanos cometidos contra os povos indígenas. O documento inicia sua denúncia destacando que as violações sofridas pelos povos indígenas não foram incidentais ou isoladas, mas sim uma consequência direta da estrutura do próprio Estado, que atingia essas populações tanto por ações intencionais quanto por sua negligência. O relatório da CNV salienta que, a partir de 1968, com a implementação do AI-5, a política indigenista assumiu um caráter ainda mais opressor e excludente¹⁶.

¹⁴ <https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2024/10/24/ditadura-temeu-ser-denunciada-por-genocidio-de-indigenas-revelam-arquivos.htm>

¹⁵ <https://midia.mpf.mp.br/6ccr/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>

¹⁶ https://www.gov.br/memoriasreveladas/pt-br/assuntos/comissoes-da-verdade/volume_2_digital.pdf

A política de desenvolvimento adotada naquele período incluía, entre suas ações, a construção de grandes rodovias, destacando-se a Transamazônica, que atravessaria territórios pertencentes a 29 etnias indígenas, das quais 11 eram de grupos isolados e 9 mantinham contato intermitente, levando a remoções compulsórias (RELATÓRIO CNV, 2014, volume 2, p. 209)¹⁷.

No Mato Grosso do Sul e no Paraná, a construção da usina de Itaipu e a implementação de projetos de desenvolvimento levaram à destruição, alagamento e expropriação das terras dos Guarani-Kaiowá, transformando esses povos, que sempre foram vistos e utilizados na conquista e defesa do território brasileiro, em "inimigos internos" pelos militares, sob suspeita de conluio com interesses estrangeiros. O avanço dos colonos sobre terras indígenas, com o apoio do Estado brasileiro desde o fim do século XIX, resultou em violência, mortes e confinamento dessas comunidades em pequenas reservas, onde as condições de vida se tornaram extremamente precárias, exacerbando os conflitos internos.

Grande parte da região sul de Mato Grosso do Sul, antigo sul de Mato Grosso, ocupada historicamente por grupos de língua guarani, foi arrendada à Companhia Matte Laranjeira no fim do século XIX, permanecendo pouco povoada por não indígenas até as primeiras décadas do século XX. A área foi palco de disputas armadas entre colonos e de um banditismo que serviu como uma das justificativas para que o governo Vargas, em sua "Marcha para o Oeste" nos anos 40, buscasse povoar a região.

Os Kaiowá e Guarani, ao permanecerem em suas aldeias nas densas matas da região, passaram a viver em regime de escravidão por supostas dívidas. Através de testemunhos coletados pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), revelou-se que esses indígenas foram impedidos de transitar livremente em suas terras, sujeitos a castigos físicos e obrigados a trabalhos forçados, tudo em nome de uma política de expansão territorial (RELATÓRIO CNV, 2014, volume 2, p. 214).

A ditadura militar implementou remoções forçadas, causando a precariedade das condições sanitárias, promovida também pelo Estado, o que

¹⁷ http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf

agravou ainda mais a situação dos indígenas. A Funai, sob influência militar, tratou a questão indígena como um problema de segurança nacional, negligenciando campanhas de vacinação e o atendimento médico adequado durante a construção de estradas e barragens nas terras Guarani-Kaiowá. Essa omissão resultou em epidemias devastadoras nas tribos, causando um verdadeiro genocídio (RELATÓRIO CNV, 2014, volume 2, p. 212).

Garimpeiros ocuparam ilegalmente as terras indígenas, e forças militares, como o Batalhão de Infantaria na Selva (BIS), deixaram um rastro de desaparecimentos, desagregação social, sofrimento, dor e um impacto duradouro sobre essas comunidades. O depoimento do xamã Davi Kopenawa e de outros líderes indígenas evidencia o sentimento de abandono e a luta contínua por memória e justiça, ressaltando o papel crucial do Estado em reparar as violências históricas cometidas contra os povos originários e preservar a identidade cultural dessas populações (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 235).

O impacto das políticas repressivas e dos projetos de desenvolvimento da ditadura militar sobre o povo indígena Guarani-Kaiowá revela um padrão de genocídio cultural e físico, metodicamente atribuído em nome do progresso e da segurança nacional. Essas políticas foram implementadas por meio da desocupação forçada de terras dos povos originários brasileiros para a construção de infraestruturas (como rodovias e usinas) e exploração de recursos minerais, todas voltadas para interesses econômicos que desconsideravam as culturas e modos de vida indígenas (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 210).

Além do deslocamento físico, a ditadura militar impôs uma desconstrução da cultura e da identidade indígena. Ao confinar os Guarani-Kaiowá em pequenas reservas, o Estado criou uma dinâmica de controle que transformou a vida em comunidade em um ciclo de pobreza e conflito. Os indígenas foram utilizados como recursos humanos sob controle rígido, sendo-lhes negado o direito à livre circulação e impostos trabalhos forçados, o que causou profundas divisões internas e comprometeu a coesão cultural (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 244).

Esse confinamento e vigilância foram justificados pela lógica da “segurança nacional”, em que os indígenas passaram a ser vistos como “inimigos internos” e,

muitas vezes, como obstáculos ao progresso. Essa visão distorcida promoveu um ambiente de repressão e brutalidade, onde líderes indígenas e apoiadores eram perseguidos, encarcerados e, em alguns casos, desapareciam, conforme destacado em depoimentos documentados pela Comissão Nacional da Verdade (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 244).

É claro que, agora, através da Comissão Nacional da Verdade, podemos perceber que a narrativa sobre o que ocorreu com as tribos indígenas durante a ditadura militar pertencia exclusivamente ao governo brasileiro e aos militares, que conseguiram esconder seus crimes sem qualquer responsabilização.

Essa é a importância de trazer à tona a lógica colonial que estruturou a violência contra os povos indígenas no Brasil e em outros lugares do mundo, para construir alianças internacionais que promovam a paz e o bem-estar dos povos originários.

III. Direito à Memória e Verdade e as Consequências do Genocídio

Durante a ditadura militar no Brasil (1964-1985), as políticas de repressão e desenvolvimento promovidas pelo regime impactaram profundamente as comunidades indígenas. Sob a justificativa de progresso e segurança nacional, essas ações resultaram em deslocamentos forçados, violência física e cultural e práticas genocidas. Paralelamente, o regime empregou estratégias deliberadas de silenciamento, buscando ocultar denúncias e apagar registros das violações cometidas, com o objetivo de mascarar a gravidade dos crimes perpetrados contra os povos indígenas.

A memória desempenha um papel crucial na reparação dos danos causados pelo genocídio indígena. No caso dos Guarani-Kaiowá, o direito à memória é uma ferramenta essencial para garantir que as violações do passado sejam reconhecidas, proporcionando um caminho para a justiça e a reconciliação. A preservação da memória não apenas resgata o passado, mas também assegura que as gerações presentes e futuras compreendam a profundidade dos sofrimentos vividos pelos povos originários e se comprometam a não repetir os erros históricos.

Essa perspectiva ressalta a importância de reconstruir e preservar a memória das violações cometidas, permitindo que o Estado brasileiro reconheça o impacto de suas ações e implemente medidas de reparação. Essa luta pela memória é refletida em depoimentos como o do xamã Davi Kopenawa, que destaca a importância de trazer à tona as injustiças históricas para que as gerações presentes e futuras compreendam a profundidade dos sofrimentos vividos pelos povos originários (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 234).

Além disso, o direito à memória e à reparação se alinha à luta mais ampla pela autodeterminação, que o Professor Fukurai considera essencial para a sobrevivência e preservação cultural dos povos originários ao redor do mundo. A memória histórica, assim, não representa apenas um resgate do passado, mas um meio de resistência e resiliência cultural, que garante que a dignidade e os direitos indígenas sejam preservados. No Brasil, o esquecimento ou a omissão das violações cometidas pelo Estado durante a ditadura reforçam feridas abertas, impactando diretamente as comunidades indígenas e dificultando a reconciliação com o passado e a vivência plena de um futuro através de suas culturas e tradições (Fukurai, 2019). A luta pela memória, verdade e reparação torna-se, então, um processo contínuo de reconstrução identitária e um chamado à responsabilidade histórica do Estado brasileiro, lembrando que a verdadeira justiça só é alcançada quando o passado é reconhecido e o direito à autodeterminação é protegido e promovido.

A luta pela memória, verdade e reparação das violações cometidas durante a ditadura militar no Brasil reflete as necessidades de reconhecimento e justiça também enfrentadas por curdos, palestinos e armênios, que sofreram graves violações e tentativas de apagamento cultural e territorial. Assim como o Fórum Permanente da ONU e o Fórum Social Mundial promovem espaços globais para defender a autodeterminação dos povos, é crucial garantir que as vozes indígenas sejam ouvidas e suas demandas atendidas¹⁸.

¹⁸ <https://www.iwgia.org/en/>

Durante o regime militar, estratégias deliberadas foram adotadas para silenciar denúncias e ocultar violações. Registros oficiais foram destruídos ou censurados, e narrativas estatais manipuladas justificavam as ações genocidas sob o pretexto de políticas de desenvolvimento. As práticas assimilacionistas, disfarçadas como integração, negavam identidades culturais e direitos coletivos, promovendo a repressão e apagando evidências das atrocidades.

De acordo com a Comissão Nacional da Verdade (CNV), as ações do regime militar incluíram a censura sistemática de informações e a repressão de vozes indígenas que tentavam expor a violência sofrida. O relatório da CNV destacou que a destruição de comunidades indígenas não foi incidental, mas sim uma consequência direta das políticas estatais que priorizavam interesses econômicos em detrimento dos direitos humanos (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 209).

O apagamento sistemático das violações durante a ditadura militar impactou profundamente a memória coletiva brasileira, perpetuando a invisibilidade e marginalização dos povos indígenas. Para os Guarani-Kaiowá, a ausência de reconhecimento público das atrocidades sofridas enfraqueceu sua coesão social e agravou condições de vulnerabilidade.

A recuperação da memória coletiva é uma ferramenta essencial de resistência e resiliência cultural. O reconhecimento oficial do genocídio indígena e a restauração de registros históricos são passos fundamentais para que o Estado brasileiro repare essas feridas e possibilite a reconstrução da identidade e dignidade das comunidades indígenas.

A Comissão Nacional da Verdade desempenhou um papel crucial ao expor as violações cometidas contra os povos indígenas durante a ditadura militar. Por meio de depoimentos, documentos e investigações, a CNV revelou o impacto devastador das políticas repressivas do regime sobre os Guarani-Kaiowá e outros povos indígenas. O relatório da CNV destacou que a destruição de comunidades indígenas não foi um ato isolado, mas parte de uma estratégia sistemática de apagamento cultural e territorial (RELATÓRIO CNV, 2014, p. 214).

A Comissão Nacional da Verdade destacou a importância da reparação e justiça para os povos indígenas, evidenciando as violações históricas como base para

um futuro mais inclusivo, onde a memória dessas comunidades seja reconhecida e respeitada.

A preservação da memória exige do Estado brasileiro o reconhecimento oficial do genocídio indígena e a implementação de políticas de reparação. Esses passos são fundamentais para superar as feridas do passado, garantir os direitos dos povos originários e assegurar que os horrores cometidos não sejam esquecidos, promovendo, assim, a justiça histórica e social.

IV. Desafios e Perspectivas para Reparação dos Povos Indígenas Brasileiros

Os povos indígenas brasileiros são os povos originários do Brasil, que apesar de possuírem uma diversidade de tribos, compartilham um mesmo território e buscam a preservação de seu modo de vida, ou melhor, o reconhecimento de sua autonomia e autodeterminação para definir suas comunidades. Além disso, os indígenas brasileiros buscam ver reconhecido o seu direito legitimado às suas terras, não apenas como uma forma de reparação pelo governo brasileiro pela expropriação ilegítima padecida no passado, mas porque a terra é um meio efetivo de garantir sua autodeterminação, sendo essencial para a conexão coletiva e exclusiva que mantém com o território tradicionalmente tomado (Wiessner, 2011, p. 129).

A reparação das violações cometidas contra os povos indígenas exige, primeiramente, o reconhecimento oficial das atrocidades perpetradas, como o genocídio e o deslocamento forçado, muitas vezes disfarçados sob o discurso de progresso. Essa reparação deve incluir medidas que assegurem o acesso pleno à terra, um elemento essencial para a reconstrução da identidade coletiva e para a preservação de suas tradições e culturas.

Por um lado, a garantia dos direitos coletivos, especialmente o direito à autodeterminação, permite que os direitos individuais dos povos indígenas sejam aplicados de forma adequada, sem que estes sejam submetidos à opressão ou assimilação. Por outro lado, qualquer sistema ou instituição interna dos povos indígenas, decorrente do reconhecimento de sua autodeterminação, deve respeitar os

direitos humanos individuais de cada integrante da comunidade (Musafiri, 2012, p. 489-490).

A análise do texto do Professor Fukurai sobre o ONAIL revela paralelos com o contexto brasileiro, destacando o etnocídio e ecocídio promovidos pelo Estado durante a ditadura militar. Políticas desenvolvimentistas violaram amplamente o direito à autodeterminação dos Guarani-Kaiowá, favorecendo interesses econômicos em detrimento da integridade cultural e territorial dos povos originários.

O texto ressalta a importância de reconhecer a violência estrutural do Estado e de construir marcos legais que protejam as comunidades indígenas. O reconhecimento das violações do passado e a promoção de mecanismos duradouros de reparação histórica são essenciais para resguardar a memória coletiva e a dignidade dos povos indígenas, permitindo que o Brasil enfrente seu passado e avance em direção à justiça.

Para os Guarani-Kaiowá, a conexão com a terra e a preservação de suas tradições são intrínsecas aos seus direitos à autodeterminação e à justiça cultural. A visão de ONAIL sobre uma “jurisprudência da Terra” reforça a obrigação do Estado brasileiro de garantir a autonomia indígena, ao mesmo tempo em que reconhece e repara violações históricas, criando condições para que essas comunidades vivam plenamente conforme suas culturas e modos de vida.

Os direitos individuais, por sua vez, servem como inspiração e limite ao exercício da autodeterminação. Fundamentados no princípio de igualdade, rejeitam qualquer forma de superioridade racial ou étnica, enquanto exigem respeito às dimensões dos direitos humanos. Assim, a autodeterminação não pode justificar violações a esses direitos, conforme destacado por instrumentos como o Comentário Geral nº 21 da ONU e a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO.

A reparação das violações contra os povos indígenas requer, antes de tudo, o reconhecimento oficial das atrocidades cometidas, como o genocídio e os deslocamentos forçados, muitas vezes mascarados como progresso. Essa reparação deve incluir o acesso pleno à terra, indispensável para a reconstrução da identidade coletiva e a preservação de tradições e culturas.

A implementação de políticas públicas eficazes é essencial, com foco em atender às demandas específicas dos povos indígenas e priorizar ações que garantam sua autonomia e direitos.

A reparação das violações cometidas contra os povos indígenas exige, primeiramente, o reconhecimento oficial das atrocidades perpetradas, como o genocídio e o deslocamento forçado, muitas vezes disfarçados sob o discurso de progresso. Essa reparação deve incluir medidas que assegurem o acesso pleno à terra, um elemento essencial para a reconstrução da identidade coletiva e para a preservação de suas tradições e culturas.

A justiça internacional é crucial para proteger os direitos dos povos indígenas. Instrumentos como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas oferecem bases jurídicas sólidas para pressionar os Estados a implementar políticas de reparação. No entanto, sua eficácia depende da cooperação internacional e do comprometimento político dos governos nacionais. Plataformas globais são essenciais para amplificar as vozes indígenas, criando alianças e promovendo diálogos que transcendam fronteiras. Esses espaços fortalecem as lutas por justiça e reconhecimento, possibilitando o compartilhamento de experiências e estratégias.

Portanto, a importância da justiça internacional e de políticas públicas inclusivas para reparar as violações históricas sofridas pelos povos indígenas, enfatizando que instrumentos globais, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU, são fundamentais para pressionar os Estados a adotarem medidas concretas de reparação. Além disso, reforça a necessidade de amplificar as vozes indígenas em fóruns internacionais e promover mudanças estruturais que integrem as demandas desses povos às decisões estratégicas nacionais. Entre as principais perspectivas, estão a valorização da educação e conscientização sobre as violações sofridas, o fortalecimento das organizações indígenas como protagonistas de suas lutas e a proteção das terras como patrimônio ambiental e cultural, consolidando os povos indígenas como guardiões essenciais dos ecossistemas e da diversidade cultural.

Conclusão

O genocídio indígena praticado durante a ditadura militar brasileira representa uma das páginas mais sombrias da história do país, evidenciando a profundidade das violações cometidas sob o pretexto de progresso e segurança nacional. A sistemática tentativa de apagar evidências e silenciar denúncias reflete a fragilidade de um regime que buscava legitimar-se enquanto devastava cultural, física e territorialmente povos originários como os Guarani-Kaiowá. Nesse contexto, a reconstrução da memória histórica e a justiça reparadora tornam-se imperativos éticos e jurídicos essenciais para que o Brasil enfrente seu passado e construa um futuro digno para essas comunidades.

A luta pela memória, verdade e reparação vai além do reconhecimento das atrocidades cometidas. É um compromisso com a dignidade humana e a valorização da diversidade cultural, fundamentais para uma sociedade mais justa e equitativa. Para os Guarani-Kaiowá, a reparação ultrapassa a demarcação de terras ou a compensação financeira, exigindo o fortalecimento de suas tradições, políticas públicas inclusivas e o combate ao racismo estrutural que perpetua sua marginalização.

No âmbito internacional, instrumentos como a Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas oferecem bases jurídicas para pressionar os Estados a implementar medidas concretas de reparação e garantir os direitos dos povos originários. A mobilização global é essencial para amplificar suas vozes, preservar sua cultura, proteger o meio ambiente e consolidar seus direitos coletivos.

Por fim, a luta dos Guarani-Kaiowá e de outros povos indígenas brasileiros não é apenas uma questão de reparação histórica, mas uma batalha contínua por justiça, memória e dignidade. Exige do Estado brasileiro e da sociedade um compromisso ativo com a verdade e a reparação, garantindo que suas culturas e modos de vida possam prosperar plenamente. Transformar o genocídio indígena em uma lição permanente é fundamental para reforçar a responsabilidade coletiva na proteção dos direitos fundamentais e na promoção da igualdade entre todos os povos.

Referências Bibliográficas

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Direito ao desenvolvimento de comunidades indígenas no Brasil. 2009. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

FUKURAI, Hiroshi. Original Nation Approaches to “Inter-National” Law (ONAIL): Decoupling of the Nation and the State and the Search for New Legal Orders, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 26 #1, 2019.

MUSAFIRI, Prosper Nobirabo. Right to Self-Determination in International Law: Towards Theorisation of the Concept of Indigenous Peoples/National Minority? *International Journal on Minority and Group Rights*. Leiden: Brill, v. 19, n. 4, 2012, p. 481-532

ORLANDI, Eni Puccinelli (org.). Discurso fundador. Campinas, SP: Pontes, 1993.

PASSINATO, Leonardo. O Enquadramento dos Povos e Comunidades Tradicionais no Conceito de “Povo” como Elemento Constitutivo do Estado no Direito Internacional Público. *Diké – Revista Jurídica, Curso de Direito da UESC, Ano XX*, nº 20, 2022.

STAMATOPOULOU, Elsa, ed. *Indigenous Peoples' Rights and Unreported Struggles: Conflict and Peace*. Institute for the Study of Human Rights, Columbia University, 2017.

VALENTE, Rubens. Os fuzis e as flechas: histórias de sangue e resistência indígena na ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

WIESSNER, Siegfried. The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges. *The European Journal of International Law*. Oxford, v. 22, n. 1, 2011, p. 121-140.

AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Public contracting as an instrument to combat gender discrimination in the labor market

Bruno Gofman¹

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Bruno Ponich Ruzon²

Universidade Estadual do Norte do Paraná

DOI: <https://doi.org//10.62140/BGBR4772025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Discriminação de gênero no mercado de trabalho; 3. As Contratações Públicas como instrumento de políticas públicas; 4. A Lei nº 13.655/21, a inclusão das mulheres vítimas de violência doméstica e a promoção de igualdade de gênero no mercado de trabalho; 5. Conclusão

Resumo: Este artigo tem como propósito destacar o papel das contratações públicas como instrumento de combate à discriminação de gênero no mercado de trabalho. Apesar da igualdade e a necessidade de adoção de mecanismos para a redução de desigualdades serem reconhecidos formalmente em Tratados e Convenções Internacionais, pela Agenda 2030 da ONU, Constituição Federal e outros diplomas normativos, esse é um problema histórico e longe de ser superado em uma sociedade patriarcal. Nesse sentido, destaca-se a importância da Nova Lei de

¹ Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Diretor de Integração Regional do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado Sócio do Escritório Edgar Guimarães & Advogados Associados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9385-2492>. E-mail: brunogofman@gmail.com

² Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado da Felizardo e Ruzon Advogados Associados ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0676-9039>. Email: brunoruzon@gmail.com

Licitações e Contratações Públicas - Lei nº 14.133/2021, que almejando o atingimento do desenvolvimento nacional sustentável em sentido amplo (ambiental, econômico e social), trouxe importantíssimos avanços na luta contra a discriminação de gênero no mercado de trabalho: previu a possibilidade de o Edital da licitação exigir percentual mínimo de mão de obra constituído por mulheres vítimas de violência doméstica e estabeleceu, como critério de desempate, a adoção de programas de equiparação entre homens e mulheres por parte dos Licitantes. Mesmo diante do inegável avanço dessa política pública, a sua implementação precisa superar dificuldades, a começar pela mentalidade patriarcal enraizada na sociedade. Além disso, obstáculos de ordem prática também deverão ser transpostos, como, por exemplo, a capacitação das mulheres vítimas de violência doméstica. O método adotado foi o de revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários e normativos, analisando-os em uma perspectiva dialética, qualitativa e exploratória.

Palavras-chave: Discriminação de gênero; Igualdade; Inclusão; Mercado de Trabalho; Contratações Públicas

Abstract: This article aims to highlight the role of public procurement as an instrument to combat gender discrimination in the labor market. Although equality and the need to adopt mechanisms to reduce inequalities are formally recognized in International Treaties and Conventions, the UN 2030 Agenda, the Federal Constitution, and other normative documents, this is a historical issue that is far from being overcome in a patriarchal society. In this sense, the importance of the New Public Procurement and Contracting Law - Law No. 14,133/2021 stands out, which, aiming to achieve sustainable national development in a broad sense (environmental, economic, and social), brought very important advances in the fight against gender discrimination in the labor market: it provided for the possibility of the bidding notice requiring a minimum percentage of the workforce to be composed of women who are victims of domestic violence and established, as a tiebreaker criterion, the adoption of programs to equalize men and women by bidders. Even with the undeniable progress of this public policy, its implementation needs to overcome difficulties, starting with the patriarchal mentality rooted in society. In addition, practical obstacles will also need to be overcome, such as, for example, training women who are victims of domestic violence. The method adopted was a bibliographic review, with consultation of doctrinal and normative texts, analyzing them from a dialectical, qualitative and exploratory perspective.

Keywords: Gender discrimination; Equality; Inclusion; Labor Market; Public Procurement

1. INTRODUÇÃO

A discriminação de gênero no mercado de trabalho é um fato histórico e, apesar de inegáveis avanços no reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, o problema permanece atual e longe de ser solucionado.

Sob essa perspectiva, o artigo apresenta uma discussão útil e original à temática ao estabelecer a importância da adoção de políticas públicas de inclusão de gênero no mercado de trabalho por parte do Estado, tal como ocorreu com a Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei nº 14.133/21), em vigência desde 1º de abril de 2021.

Como objetivos específicos, em um primeiro momento, o artigo explora o problema da discriminação de gênero no mercado de trabalho, que persiste mesmo diante do reconhecimento formal da igualdade entre homens e mulheres em Tratados Internacionais, na Constituição Federal e outros diplomas normativos. Na sequência, a análise passa pelo papel das contratações públicas como instrumento de políticas públicas, visando o cumprimento de um desenvolvimento nacional sustentável na perspectiva ambiental, econômica e social. E, ao final, são descritas as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21 no que se refere à inclusão das mulheres, bem como as dificuldades que deverão ser resolvidas para sua efetiva implantação.

O método adotado foi o de revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários e normativos, analisando-os em uma perspectiva dialética, qualitativa e exploratória.

2. DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Sob o ponto de vista formal, há um reconhecimento histórico de igualdade entre os seres humanos, sem qualquer tipo de discriminação, conforme se observa, por exemplo, da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), da 1ª Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos (1789) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização Mundial das Nações Unidas (1948). A igualdade seria um ideal comum, um propósito a ser concretizado por todos os povos

e todas as nações³. Essa igualdade estende-se a todos os gêneros, de maneira que homens e mulheres devem ser tratados igualitariamente.

Contudo, na prática, em virtude de uma narrativa opressora por partes dos homens, com respaldo na política, religião, educação, cultura e direito, as mulheres foram objeto de submissão⁴. Desse modo, a discriminação sexual é a forma mais antiga de tratamento entre os seres humanos e está ligada aos sentidos culturais atribuídos às características físicas das pessoas⁵.

Segundo define Adilson Moreira⁶, a discriminação sexual consiste como: “toda pratica que cria distinções e gera exclusões baseados no sexo e que possa ter como resultado a criação de obstáculos ao recebimento do pleno gozo de direitos da mulher nos diversos planos da vida social, tais como no campo jurídico, na cultura na economia, na vida civil ou em quaisquer espaços relevantes de exercício da cidadania”.

A luta contra a discriminação de gênero é secular, tendo como marco a Declaração dos Direitos da Mulher Cidadã, elaborada pela ativista Olympe de Gouges no ano de 1791⁷. A partir dela, surgiram outras declarações de igual importância para o reconhecimento dos direitos das mulheres: i) a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres (1979), celebrada pela Organização das Nações Unidas (ONU), recepcionada pelo direito brasileiro mediante o Decreto nº 4.377/2002⁸ e que prevê a igualdade entre homens e mulher no mercado de trabalho e; ii) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), aprovada pela OEA, em 1994, que prevê a necessidade de adoção de medidas de recuperação e capacitação

³ CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia De A.; FACHIN, Melina G. **Constituição e Direitos Humanos: Tutela dos Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022, p. 281. ISBN 9786556275840. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556275840/>. Acesso em: 30 jan. 2025

⁴ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 258.

⁵ MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023, p. 637

⁶ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 648

⁷ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 264.

⁸ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 264-265.

das mulheres vítimas de violência por parte dos Estados⁹, incorporada pelo Decreto nº 1973/1996.

Inserido nesse contexto e signatário dessas Convenções Internacionais, a igualdade entre homens e mulheres e o combate à discriminação de gênero é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, conforme prescrevem o *caput* e inciso I do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Também se pode mencionar o artigo 7º, inciso XXX, do texto constitucional, que veda diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo.

Especificamente em relação ao mercado de trabalho, a CLT estabelece a equiparação salarial para o mesmo trabalho, sem distinção de sexo (art. 5º). Além disso, a partir de alteração promovida pela Lei nº 9.799/99, passou a prever normas destinadas à proteção do trabalho da mulher, em seu Capítulo III.

Mesmo diante desse arcabouço legal protegendo as mulheres e impondo a igualdade, em inegável avanço, o espaço corporativo é, de acordo com Adilson Moreira¹⁰, um dos lugares nos quais a discriminação sexual (segregação ocupacional, de caráter vertical e horizontal) opera de forma mais expressiva, tendo em vista que os estereótipos culturais motivam empresários a pensar que as mulheres não capazes para desempenhar função de comando. Acrescenta que a dificuldade de entrada e permanência no mercado de trabalho está atrelada a outros fatores, como a ausência de políticas públicas de inserção das mulheres e inexistência de rede de apoio social como creches. O autor reconhece que a presença das mulheres tem crescido no setor privado, mas está concentrada em ocupações de menor nível salarial¹¹.

Segundo levantamento realizado pelo IBGE no ano de 2022¹², a taxa de participação das mulheres no mercado de trabalho era de 53,3%, enquanto a de

⁹ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 267

¹⁰ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 651

¹¹ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 647

¹² IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Mulheres pretas ou pardas gastam mais tempo em tarefas domésticas, participam menos do mercado de trabalho e são mais afetadas pela pobreza. Disponível em: < [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39358-mulheres-pretas-ou-pardas-gastam-mais-tempo-em-tarefas-domesticas-participam-menos-do-mercado-de-trabalho-e-sao-mais-afetadas-pela-pobreza#:~:text=Em%202022%2C%2028%2C0%25,brancas%20\(24%2C9%25\)>](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/39358-mulheres-pretas-ou-pardas-gastam-mais-tempo-em-tarefas-domesticas-participam-menos-do-mercado-de-trabalho-e-sao-mais-afetadas-pela-pobreza#:~:text=Em%202022%2C%2028%2C0%25,brancas%20(24%2C9%25)>) >. Acesso em 04 fev. 2025

homens é de 73,2%. Além disso, as mulheres recebem em média 27% a menos do que homens e, no meio acadêmico, essa disparidade chega a cerca de 37%.

Para Eduardo Cambi, Leticia Porto e Melina Fachin¹³, essa discriminação decorre do tratamento desigual conferido à mulher - considerada como ser inferior ao homem - assim como pela negação do direito à indiferença. E, no Brasil, a situação é ainda mais grave com relação às mulheres negras, arrimos de família, que mais sofrem com as desigualdades sociais¹⁴. Adilson Moreira complementa essa constatação, no sentido de que a convergência do racismo e do sexismo realçam os estereótipos a respeito da capacidade laboral das mulheres negras e indígenas¹⁵.

Segundo Nancy Fraser, as mulheres sofrem com um círculo vicioso de subordinação cultural e econômica, o que demanda a adoção de dois remédios analiticamente distintos: redistribuição (acabar com o negócio de gênero) e reconhecimento (valorização da especificidade de gênero)¹⁶. Eduardo Cambi, Leticia Porto e Melina Fachin propõem que as desigualdades entre homens e mulheres devem ser duramente combatidas, mediante ação conjunta das pessoas, na luta contra todas as formas de opressão até a superação progressiva dos preconceitos e o desaparecimento da dominação masculina¹⁷.

Em consonância com o tema, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) definiram a Agenda 2030, que é um compromisso global destinado a promover um desenvolvimento sustentável marcado pela solidariedade intergeracional, levando em conta o progresso econômico, a equidade social e a proteção ambiental. Dentre as 169 metas, está a ODS nº 5 da ONU, que apresenta diretrizes para a igualdade de gênero e empoderamento das mulheres e meninas¹⁸. No seu Item 5.C, estabelece a necessidade de se “Adotar e fortalecer políticas sólidas e

¹³ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 276-277

¹⁴ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 277-278

¹⁵ MOREIRA, *Op. cit.*, p. 651

¹⁶ FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14/15, 2006, p. 234-235

¹⁷ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 280-281

¹⁸ MELO, Anastácia, BOMFIM, Daiesse Quênia Jaala. **Mulheres, vulnerabilidades e poder regulatório das contratações públicas**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-mar-12/mulheres-vulnerabilidades-e-o-poder-regulatorio-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em 03 fev. 2025

legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis”¹⁹.

A respeito dessa orientação, Anastácia Melo e Daiesse e Quênia Jaala Bonfim²⁰ afastam qualquer dúvida quanto a sua validação interna e externa no ambiente jurídico, com a promoção de políticas públicas voltadas ao combate à violência contra a mulheres por intermédio do poder regulatório do Estado. No caso, as contratações públicas teriam relevante função, considerando o volume de recursos despendidos.

3. AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Em 1º de abril de 2021 entrou em vigência a Lei nº 14.133, estabelecendo um novo regramento jurídico para as licitações e contratações públicas do país. Essa norma de caráter geral, atenta às orientações da Agenda 2030 da ONU, elegeu o desenvolvimento nacional sustentável como um dos seus princípios basilares (art. 5º) e também um objetivo a ser alcançado (art. 11, IV).

O desenvolvimento nacional é um dos fundamentos da República (art. 3º, II da Constituição Federal), mas não pode estar desacompanhado de outros objetivos, como uma sociedade justa, livre, solidária, da erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos²¹. Por essa razão o desenvolvimento sustentável ganhou importância na pauta global, inspirando e impulsionando projetos e compromissos com o anseio de restauração dos danos já provocados, redução de novos e solucionando problemas²².

A expressão “desenvolvimento nacional” remete à preocupação com o progresso das nações brasileiras, cada qual constituída por diferentes grupos sociais e

¹⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Agenda 2030**: objetivos de desenvolvimento sustentável: avaliação do progresso das principais metas globais para o Brasil: ODS 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Brasília: Ipea, 2024

²⁰ MELO, BOMFIM, *Op. cit.*

²¹ PUCCETTI, Renata Fiori, ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Art. 11. In: **Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada**: Lei 14.133/21. DAL POZZO, Augusto Neves, CAMMAROSANO, Márcio, ZOCKUN, Mauricio (coord). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 133

²² PUCCETTI, ESTEFAM, *Op. cit.*, p. 134

distribuídas por regiões com diferentes graus de desenvolvimento. Já o adjetivo “sustentável” é subdividido em 02 vertentes: i) material, que implica na necessidade de avanços simultâneos no plano social, econômico e ambiental; e ii) temporal, que indica a ideia de que o desenvolvimento das gerações presentes deve ocorrer em um ritmo adequado para garantir os direitos fundamentais das gerações futuras²³. Esse termo “desenvolvimento nacional sustentável” comporta aspectos ecológicos, econômicos, sociais, culturais e espaciais, confundindo-se com o próprio interesse público²⁴.

Nesse sentido, as contratações públicas ganharam destaque, afinal possuem grande relevância socioeconômica, na medida em que os recursos desembolsados pelos entes estatais para satisfação de suas necessidades afetam diretamente a atividade econômica como um todo. Logo, o contrato administrativo pode ser considerado como um instrumento de realização de políticas públicas²⁵.

Segundo Juliano Heinen²⁶, “o desenvolvimento nacional sustentável vem previsto na lei geral de licitações como uma forma de induzir que a licitação também se presta a promover uma política pública”. E, conclui, que “o Poder Público percebeu que a licitação poderia, ela mesma, também implementar uma necessidade social. Logo, ela deixava de ser uma mera atividade-meio, porque o certame público poderia, adicionalmente, caso conveniente, materializar um fim estatal”²⁷. Haveria um dever imposto ao gestor público de, sempre que possível, promover licitações sustentáveis e sua impossibilidade deverá ser devidamente justificada, caso contrário, ocorrerá ofensa ao princípio da eficiência²⁸.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MARRARA, Thiago. Objetivos e princípios da contratação pública na Lei nº 14.133/2021. In: **Manual de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133, de 1º de abril de 2021** GUIMARÃES, Edgar. [et al]; coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 48-49

²⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 122

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 148

²⁶ HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/21**. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 46

²⁷ HEINEN, *Op. cit.*, p. 110

²⁸ Idem

Joel de Menezes Niebuhr²⁹, por outro lado, adverte que as contratações públicas não são a panaceia das políticas públicas e desenvolvimento nacional sustentável, uma vez que o Estado dispõe de outros instrumentos mais eficientes, eficazes e adequados para tal fim. Por isso, seu emprego deveria ser analisado caso a caso, conforme a peculiaridade da contratação.

De qualquer maneira, o poder de compra do Estado deve ser utilizado como um indutor de boas práticas, estimulando novas tecnologias, a produção e redução de custos³⁰. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Thiago Marrara³¹ defendem que os vultosos recursos financeiros despendidos nos contratos administrativos devem ser guiados à produção de externalidades positivas e à geração de utilidades sociais. Para eles, a “contratação pública se alia ao desenvolvimento como uma marcha na qual as condições de fruição e exercício de direitos fundamentais são ampliadas gradualmente”.

De outro vértice, a esfera privada também tem o dever de conciliar o lucro com a sustentabilidade, a partir da implementação de conceitos como *ESG – Environment Social and Governance* na cultura empresarial, com base em três eixos estruturantes: meio ambiente, diversidade social de empregados e práticas de governança³². Em síntese, aquela empresa que pretenda firmar contrato com a Administração Pública deverá levar em consideração esses eixos estruturantes na sua atuação.

4. A LEI Nº 13.655/21, A INCLUSÃO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A PROMOÇÃO DE IGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Enquanto instrumento de política pública voltada à concretização do desenvolvimento nacional sustentável, a Lei nº 14.133/21 contempla duas medidas interessantíssimas no que se refere ao combate à discriminação de gênero no mercado

²⁹ NIEBUHR, *Op. cit.*, p. 123

³⁰ *Idem*

³¹ DI PIETRO, MARRARA, *Op. cit.*, p. 48

³² PUCCETTI, ESTEFAM, *Op. cit.*, p. 134

de trabalho: i) a possibilidade de o Edital exigir de um percentual mínimo de mão de obra de serviço terceirizado composto por mulheres vítimas de violência doméstica (art. 25, § 9º, inc. I) e; ii) o desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho como critério de desempate (art. 60, III).

O Brasil é signatário da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Violência contra as Mulheres (1979) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), que determina aos países que adotem políticas que objetivem prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher³³.

Além disso, como resultado do Relatório nº 54 de 2001, exarado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso Maria da Penha Maia Fernandes – o Brasil foi responsabilizado por negligência e omissão na apuração de crimes contra a vida e a integridade física da vítima, bem como pela falta de responsabilização penal - houve a promulgação da Lei nº 11.340/2006, que conferiu efetividade ao artigo 226, § 8º da Constituição Federal³⁴.

Mesmo diante desse arcabouço normativo, conforme levantamento registrado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024³⁵, no ano de 2023 houve um aumento da violência contra a mulher em comparação ao ano de 2022, considerando taxas de diferentes crimes com vítimas mulheres, tais como: homicídio e feminicídio (consumadas e tentadas), agressões em contexto de violência doméstica, ameaça, perseguição (stalking), violência psicológica e estupro. Apenas para exemplificar, em 2023 foram registrados 258.941 casos de lesão corporal ocasionados por violência doméstica no país, o que representa um acréscimo de 9,8% em relação aos números registrados no ano de 2022³⁶.

Ou seja, a violência doméstica é um problema longe de ser resolvido e o Estado tem o dever de adotar mecanismos para resolvê-lo, incluindo o

³³ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 268

³⁴ CAMBI, PORTO, FACHIN., *Op. cit.*, p. 268-269

³⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2024. p. 134. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 03 fev. 2025

³⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA., *Op. cit.*, p. 129

estabelecimento de políticas públicas para a efetiva inclusão das mulheres vítimas na sociedade. Nesse contexto, a Lei nº 14.133/21 previu, no seu artigo 25, §9º, I a seguinte regra: “O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por: I - mulheres vítimas de violência doméstica”.

Posteriormente, em 2023, aludido dispositivo legal foi regulamentado pelo Decreto Federal nº 11.430/2023, o qual estabeleceu as seguintes diretrizes: i) percentual mínimo de 8% de vagas para mulheres vítimas de violência em contratações acima de 25 vagas, a ser mantido durante toda contratação; ii) a previsão contempla mulheres trans, travestis e outras possibilidades do gênero feminino; iii) preferência às mulheres pretas e pardas; iv) possibilidade de acordo de cooperação técnica para implementação da medida; v) sigilo da condição de vítima de violência doméstica; e vi) vedação ao tratamento discriminatório. A respeito dessa novidade trazida pela nova lei, é importante registrar que essa medida encontra certa resistência na doutrina. Ivan Barbosa Rigolin³⁷ entende que “é uma discriminação simpática, porém inconstitucional de pessoas como compensação por algo que sofreram”. Acrescenta que haveria uma ofensa à isonomia, haja vista que privilegiaria esse grupo em detrimento de outros tão necessitados quanto. Sob outra perspectiva, Marçal Justen Filho³⁸ defende que essa inovação é mais uma distorção, infringe a livre-iniciativa e compromete a eficiência da gestão dos recursos públicos.

Em sentido contrário, outros autores reconhecem a importância da política pública em questão. Juliano Heinen³⁹ destaca que o legislador “em boa hora percebeu que, por meio de licitações e contratos públicos, poder-se-iam tutelar vulneráveis, ou seja, estabelecer políticas públicas protetivas a cerca categoria de indivíduos”.

Para Lucas Hayne Dantas Barreto⁴⁰, considerando a relevância das contratações públicas para o PIB, a opção legislativa constitui um vetor de indução

³⁷ RIGOLIN, Op. cit., p. 126

³⁸ JUSTEN FILHO, Op. cit., p. 421

³⁹ HEINEN, Op. cit., p. 240

⁴⁰ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Reserva de vagas para contratação de mão de obra a ser alocada na execução do contrato. In: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e contratos administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos**. São Paulo: Editora *JusPodivim*, 2021, p. 487-489

das políticas públicas de inclusão, ampliando suas potencialidades. Ao mesmo tempo, alerta para desafios de ordem prática a serem superados na sua implementação, como: i) necessidade de integração com os órgãos do Poder Judiciário Estaduais, enquanto responsáveis pela aplicação da Lei Maria da Penha; ii) critérios para identificação das vítimas de violência doméstica; iii) margem de discricionariedade do gestor local; e iv) definição dos percentuais e tipos de contratos.

Anastácia Melo e Daiesse Quênia Jaala Santos Bomfim⁴¹ ressaltam a importância da medida e seus impactos positivos, afinal pode “desempenhar papel vital na reintegração dessas mulheres na sociedade, proporcionando ascensão socioeconômica, a restauração da autoestima e o fortalecimento do senso de independência com a interrupção de um ciclo de abuso”. Elencam também os obstáculos a serem enfrentados, tais como: i) a definição de um fluxo adequado e viável de operacionalização, com a designação dos atores envolvidos e os papéis do contratante, da empresa contratada e da unidade responsável pela política pública; ii) cuidado com o sigilo das informações sobre as mulheres; iii) monitoramento em relação ao cumprimento da reserva de vagas; iv) sistemas de seleção e avaliação sensíveis; e v) capacitação das mulheres. As autoras concluem que “um ano após a publicação do decreto, o cenário nacional demonstra que os entes públicos têm tido dificuldades para efetivação da medida”.

A partir da mesma lógica de inclusão das mulheres no mercado de trabalho, o artigo 60, inc. III da Lei nº 14.133/21 contém, como critério de desempate em um certame licitatório, o “desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho”.

Esse dispositivo legal também foi regulamentado pelo Decreto nº 11.430/2023, que no § 1º do artigo 5º, especificou o que são consideradas como ações de equidade, adotando-se a seguinte ordem de preferência: i) medidas de inserção, participação e de ascensão profissional igualitária, incluindo a proporção de mulheres nos cargos de direção; ii) ações de promoção de igualdade de oportunidades e tratamentos em matéria de emprego e ocupação; iii) igualdade de remuneração e

⁴¹ MELO, BOMFIM,. *Op.cit.*

paridade salarial; iv) práticas de prevenção de assédio moral e sexual; v) programadas destinados à equidade de gênero e raça; vi) ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

Acerca dessa previsão legal é importante registrar novamente a crítica de parcela da doutrina. Ivan Barbosa Rigolin⁴² considera essa modalidade de desempate como extremamente ridícula, consistente em invenção fruto do modismo e da ondinha do momento. Na sua opinião, trata-se de um teatrinho demagógico e mambembe.

Marçal Justen Filho⁴³, por sua vez, reconhece que conteúdo da norma merece todo o respaldo, mas seria despropositada diante da ausência de conexão com a finalidade pretendida. Sustenta seu entendimento nas premissas de que: a indeterminação da redação dificulta sua aplicação; o desenvolvimento dessas ações de equidade não tem vínculo com a avaliação da proposta mais vantajosa para a Administração e; o dispositivo propiciaria disputas políticas, em virtude da exclusão de outras minorias sexuais.

Para Joel de Menezes Niebuhr⁴⁴ essa medida foi vista pelo legislador como boa prática, que resolveu estimulá-la por intermédio da sua inserção como critério de desempate. Rafael Henrique Fortunato⁴⁵ afirma que a lei segue a tendência global e legítima pela equidade, ratificando o desejo de “criar uma cultura de igualdade na sociedade por meio de ações da Administração Pública”.

Juliano Heinen⁴⁶ indica que a preferência estabelecida pelo inciso III do artigo 60 privilegia as empresas que possuem, exemplificativamente, o Selo de Pró-Equidade de Gênero, criado pela União no ano de 2005, com o apoio do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esse título é concedido às pessoas jurídicas que desenvolvem práticas de inclusão do compromisso com a equidade de gênero. Até

⁴² RIGOLIN, *Op. cit.*, p. 212

⁴³ JUSTEN, *Op. cit.*, p. 762

⁴⁴ NIEBUHR, *Op. cit.*, p. 770

⁴⁵ FORTUNATO, Rafael Henrique. Do julgamento. In: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e contratos administrativos**: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Editora JusPododivm, 2021, p. 727

⁴⁶ HEINEN, *Op. cit.*, p. 466

maio de 2024, 103 empresas tinham aderido ao Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça⁴⁷, o que demonstra a importância de adoção de políticas públicas dessa natureza por parte do Estado, estimulando a iniciativa privada a promover a efetiva inclusão das mulheres no mercado de trabalho.

5. CONCLUSÃO

Apesar do inegável avanço normativo em relação ao combate à discriminação de gênero no mercado de trabalho, na prática o problema está longe de ser solucionado, persistindo uma grande dificuldade de acesso às mulheres, a disparidade salarial e de oportunidades.

Por essa razão é fundamental que o Estado Brasileiro, em consonância com Tratados Internacionais, com a Agenda 2030 da ONU e a própria Constituição Federal, promova políticas públicas para a efetiva inclusão das mulheres no mercado de trabalho. Apesar de não ser a solução definitiva, a utilização das contratações públicas como instrumento de combate à discriminação de gênero, conforme está previsto na Lei nº 14.133/21, representa um grande avanço, considerando a importância econômica e o papel de estímulo positivo à iniciativa privada.

É importante reconhecer que a implementação das medidas de inserção das mulheres vítimas de violência doméstica e das ações de equiparação entre homens e mulheres no ambiente de trabalho precisará superar obstáculos, a começar pela própria mentalidade patriarcal enraizada na sociedade como um todo. Além disso, outras dificuldades de ordem prática precisam ser vencidas, como, por exemplo, a fiscalização e controle do seu cumprimento, a capacitação das mulheres, a expansão das políticas para os demais entes federativos, tratamento de dados das mulheres vítimas de violência doméstica, entre outros.

Essas dificuldades e questionamentos somente poderão ser solucionados e respondidas com o tempo, a partir de uma mudança cultural e até mesmo o

⁴⁷AGÊNCIA BRASIL, Empresas assinam termo de compromisso para promoção da equidade de gênero e raça. Disponível em: < <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202405/empresas-assinam-termo-de-compromisso-para-promocao-da-equidade-de-genero-e-de-raca>>. Acesso em 04 fev. 2025

aprimoramento da legislação, mas é incontestável que o novo regramento jurídico relativo às contratações públicas é um marco importantíssimo na luta contra a discriminação de gênero no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL, **Empresas assinam termo de compromisso para promoção da equidade de gênero e raça**. Disponível em: <<https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202405/empresas-assinam-termo-de-compromisso-para-promocao-da-equidade-de-genero-e-de-raca>>. Acesso em 04 fev. 2025

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Reserva de vagas para contratação de mão de obra a ser alocada na execução do contrato. In: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e contratos administrativos: Lei 14133/21** Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Editora JusPododivm, 2021

BRASIL, Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 setembro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 05 fev. 2025

____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 fev. 2025.

____. Consolidação das Leis do Trabalho: aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro: **Imprensa Nacional**, 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 05 fev. 2025

____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 05 fev. 2025

____. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm. Acesso em: 05 fev. 2025.

____, Decreto nº 11.413, de 09 de março de 2023. Regulamenta a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11430.htm>. Acesso em 05 fev. 2025

CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia De A.; FACHIN, Melina G. **Constituição e Direitos Humanos: Tutela dos Grupos Vulneráveis**. São Paulo: Grupo Almedina, 2022. *E-book*. ISBN 9786556275840. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556275840/>. Acesso em: 30 jan. 2025

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, MARRARA, Thiago. Objetivos e princípios da contratação pública na Lei nº 14.133/2021. In: **Manual de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. GUIMARÃES, Edgar.. [et al]; coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Mulheres pretas ou pardas gastam mais tempo em tarefas domésticas, participam menos do mercado de trabalho e são mais afetadas pela pobreza. Disponível em: <

IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Agenda 2030:** objetivos de desenvolvimento sustentável: avaliação do progresso das principais metas globais para o Brasil: ODS 5: alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Brasília: Ipea, 2024

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos de campo**, São Paulo, n. 14/15, 2006, p. 231-239

FORTUNATO, Rafael Henrique. Do julgamento. In: SARAI, Leandro (org.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e contratos administrativos: Lei 14133/21** Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Editora *JusPodivm*, 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em:

<https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 03 fev. 2025

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei nº 14.133/21. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

MELO, Anastácia, BOMFIM, Daiesse Quênia Jaala. Mulheres, vulnerabilidades e poder regulatório das contratações públicas. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2024-mar-12/mulheres-vulnerabilidades-e-o-poder-regulatorio-das-contratacoes-publicas/>>. Acesso em 03 fev. 2025

MOREIRA, Adilson. **Tratado de Direito antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PUCETTI, Renata Fiori, ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Art. 11. In: **Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada: Lei 14.133/21**. DAL POZZO, Augusto Neves, CAMMAROSANO, Márcio, ZOCKUN, Mauricio (coord). 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Lei nº 14.133/2021 comentada: uma visão crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

DIREITOS HUMANOS E IMIGRANTES: A CONTRIBUIÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA

Human rights and immigrants: the contribution of Brazilian migration law

Bruno Ponich Ruzon¹

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Bruno Gofman²

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Eduardo Augusto Salomão Cambi³

Universidade Estadual do Norte do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.62140/BRBGRC4952025>

Sumário: 1. Introdução. 2. O estrangeiro no Século XXI e a perspectiva do Sul Global. 3. A Lei 13.445/2017 e o avanço na proteção do migrante. 4. Conclusão.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Filosofia Moderna e Contemporânea pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado da Felizardo e Ruzon Advogados Associados ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0676-9039>. Email: brunoruzon@gmail.com

² Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Diretor de Integração Regional do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado Sócio do Escritório Edgar Guimarães & Advogados Associados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-9385-2492>. E-mail: brunogofman@gmail.com

³ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, do Centro Universitário Assis Gurgaz – FAG e da Faculdade Pan-Americana (FAPAD). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4944-1256>. Email: eduardocambi@hotmail.com

Resumo: O artigo analisa a situação dos direitos dos estrangeiros no Século XXI e a relevância da Lei 13.445/2017 no contexto brasileiro. Em meio a retrocessos normativos e discursos anti-imigração que se intensificam nos países do Norte Global, marcados por práticas xenofóbicas e criminalização da migração, o Brasil apresenta uma legislação que rompe com paradigmas históricos de exclusão. A Lei de Migração Brasileira, fruto de um projeto político anterior à sua promulgação, destoa do cenário conservador vigente na época, priorizando a dignidade humana, a não criminalização da migração e a prevenção à xenofobia. O texto destaca que, embora seja um marco normativo importante, a efetividade da lei enfrenta desafios práticos, como a inserção de imigrantes no mercado de trabalho e a superação de discriminações estruturais. A análise demonstra que a legislação brasileira adota uma perspectiva moderna e protetiva, sendo uma contribuição relevante para o debate internacional sobre os direitos dos migrantes. O método adotado foi o de revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários e normativos, analisando-os em uma perspectiva dialética. Conclui-se que a Lei 13.445/2017 é uma norma a ser estudada e valorizada pela comunidade internacional.

Palavras-chave: Brasil; Direitos humanos; Estrangeiro; Migração

Abstract: The article analyzes the situation of foreigners' rights in the 21st century and the relevance of Law 13,445/2017 in the Brazilian context. Amid normative setbacks and anti-immigration rhetoric intensifying in Global North countries—marked by xenophobic practices and the criminalization of migration—Brazil presents legislation that breaks with historical paradigms of exclusion. The Brazilian Migration Law, a product of a political project predating its enactment, stands out against the conservative landscape of its time by prioritizing human dignity, the decriminalization of migration, and the prevention of xenophobia. The text highlights that, although it represents an important normative milestone, the law's effectiveness faces practical challenges, such as the integration of immigrants into the labor market and the overcoming of structural discrimination. The analysis demonstrates that Brazilian legislation adopts a modern and protective perspective, contributing significantly to the international debate on migrants' rights. The adopted methodology was a bibliographic review, consulting doctrinal and normative texts and analyzing them through a dialectical perspective. It concludes that Law 13,445/2017 is a norm that should be studied and appreciated by the international community.

Keywords: Brazil; Human Rights; Foreigner; Migration

1. INTRODUÇÃO

Uma teoria crítica, que busca a transformação social, induz a preocupação com a efetivação dos direitos. O presente estudo foi desenvolvido no âmbito do

programa de pós-graduação *stricto sensu* de Ciência Jurídica, na área de concentração “Teoria da Justiça: Justiça e Exclusão”, na linha “Jurisdição, Direitos Fundamentais e Efetividade da Justiça”, da Universidade Estadual do Norte do Paraná (*campus* em Jacarezinho).

O artigo pretende ser uma contribuição original e útil na discussão sobre os direitos humanos dos imigrantes, ao trazer luz à Lei de Migração Brasileira (Lei 13.445/2017), um verdadeiro marco no tratamento jurídico do estrangeiro.

O estudo justifica-se pela relevância da temática proposta, já que o discurso anti-imigração avança em diferentes países, e a população migrante é uma das que mais sofre com violações de direitos humanos.

Os objetivos específicos são analisar: (a) a situação do estrangeiro no Século XXI; (b) o contexto de surgimento e algumas características relevantes da Lei 13.445/2017.

O método adotado foi o de revisão bibliográfica, com consulta a textos doutrinários e normativos, analisando-os em uma perspectiva dialética, apresentando as contradições internas e buscando a compreensão do todo, sempre com o olhar na realidade material, no contexto histórico concreto.

2. O ESTRANGEIRO NO SÉCULO XXI E A PERSPECTIVA DO SUL GLOBAL

Apesar dos avanços das políticas de integração e do fortalecimento dos organismos internacionais, bem como do crescimento das corporações multinacionais, os Estados-nacionais ainda são importantes unidades elementares para compreensão da realidade contemporânea. Por isso, no que tange ao Século XXI, compreender a realidade jurídica existente também perpassa pela compreensão das normas estabelecidas pelos diferentes países, dentro do espaço de sua soberania. A efetivação de direitos humanos ainda depende muito de suas políticas internas. E quando se analisa as políticas internas de migração de diferentes países, verifica-se uma realidade perturbadora.

A luta pelos direitos humanos se estende já há alguns séculos⁴, e grupos inteiros antes invisibilizados, como as mulheres, os índios, as crianças, as pessoas com deficiência, passaram a ser considerados pelo arcabouço normativo apenas no Século XX. Dentro desta plêiade de grupos vulneráveis, encontra-se o estrangeiro.

Adotando-se como referencial o pensamento de Axel Honneth⁵, verifica-se que o estrangeiro, o imigrante, em certas sociedades sequer alcançou o *status* de reconhecimento jurídico. Um tratamento formal e material como sujeito de direito é negado aos imigrantes em diferentes lugares do globo. Quando se reflete sobre a categoria da “estima social”, então, se percebe que estamos a anos-luz do reconhecimento social dos estrangeiros na maioria dos países.

Esta realidade parece contradizer o mundo globalizado que vivemos. Afinal, com o fluxo intenso de pessoas se deslocando territorialmente, seja em caráter temporário ou definitivo, os Estados deveriam estar preparados para dar o devido tratamento aos seres humanos de outras nações. No entanto, não existe uma única e uniforme globalização. O planeta Terra é composto por uma multiplicidade de sociedades e populações, e historicamente algumas delas organizaram-se e conseguiram manter uma exploração sobre as demais. Vive-se, dentro de uma perspectiva do Sul, um modelo de globalização neocolonial.

Segundo Eduardo Cambi, Letícia de Andrade Porto e Melina Girardi Fachin⁶: “No modelo de globalização neocolonial, as fronteiras nacionais são abertas ao capital, inclusive ao puramente especulativo, não ao trabalho. Os Estados mais ricos protegem suas fronteiras e controlam os fluxos migratórios, reprimindo, com o uso da força, os migrantes tidos como ilegais”.

No final do Século XX, Norberto Bobbio⁷ previa em sua clássica obra “*L'età dei diritti*” (“A Era dos Direitos”), que o grande desafio da humanidade seria a

⁴ HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos - uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁵ HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003

⁶ CAMBI, Eduardo, PORTO, Letícia de Andrade Porto, FACHIN, Melina Girardi. **Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 335.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

efetivação dos direitos humanos. Esta visão hoje parece extremamente otimista. O problema intensificou-se em nosso tempo, e além da dificuldade na efetivação dos direitos humanos, temos tido séria dificuldade em sua manutenção formal. Verdadeiros retrocessos normativos têm acontecido em vários países, tanto no Norte quanto no Sul Global. Os direitos em si têm sido ameaçados. No que tange à realidade do estrangeiro a situação agravou-se muitíssimo.

O Século XXI é inaugurado com a triste cena, televisionada ao vivo, do atentado às torres gêmeas do *World Trade Center* na cidade de Nova Iorque em 11 de setembro de 2001. E então na maior economia ocidental, os EUA, o estrangeiro, sobretudo de origem muçulmana, passou a ser visto como um inimigo. Após a crise econômica de 2008 e com a crise decorrente da Pandemia do Coronavírus de 2020, diante de um capitalismo que concentra renda e amplia desigualdades assustadoramente⁸, o estrangeiro foi eleito como o bode-expiatório, o responsável por todos os males, sobretudo dos países do Norte.

O discurso anti-imigração avançou exponencialmente nos países do Norte Global, tornando-se uma das principais pautas dos partidos mais conservadores. Tanto nos EUA quanto na Europa a xenofobia se espalha. Recentemente Donald Trump, candidato do Partido Republicano concorrendo à presidência dos EUA, venceu o pleito eleitoral valendo-se, além do discurso econômico, de uma bandeira anti-imigração. Em sua campanha usou expressões como “invasão de imigrantes” e prometeu realizar deportações em massa.

E não se pode esquecer que em seu primeiro mandato, contido pelo Judiciário, saliente-se, Trump efetivamente mirou e acertou nos imigrantes. Conforme Eduardo Cambi, Leticia de Andrade Porto e Melina Girardi Fachin⁹:

O governo do Presidente Donald Trump (2017-2020) adotou o Programa Tolerância Zero, pelo qual determinou a separação de pais e filhos, mantendo-os em celas à espera da deportação. A severidade da conduta objetivava desencorajar a imigração ilegal;

⁸ PIKETTY, Thomas. **O capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁹ CAMBI, PORTO, FACHIN, *op. cit.*, p. 334.

porém, acabou por receber críticas da comunidade internacional em face da manifesta violação de direitos humanos, ao segregar e confinar pessoas e crianças com base em suas nacionalidades.

Este pensamento anti-imigração, em maior ou menor grau, não está apenas na fala de políticos, e aparece em diferentes livros, como “*Who Are We: The Challenges to America's National Identity*” (2004), de Samuel P. Huntington, ou “*The West and the Rest: Globalization and the Terrorist Threat*” (2014), de Roger Scruton.

Diante deste cenário de hostilidade ao estrangeiro, os países do Sul Global têm muito a contribuir ao debate, especialmente o Brasil, não apenas por razões históricas ou sociológicas, mas pelo viés jurídico propriamente dito.

Aliás, é digno de nota que em 1928, os países da América já contavam com a Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros, incorporada no Brasil pelo Decreto 18.956/1929, prevendo em seu artigo 5º a obrigação de os Estados "concederem aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem a seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais". Antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prever o direito de migrar no seu artigo 13, item 2, já existia na América este importante documento internacional, produzido para conceder alguma segurança e proteção ao estrangeiro.

O fato é que o Sul Global tem muito a contribuir nos debates sobre a sociedade pós-moderna, conforme bem pontuado por Boaventura de Sousa Santos¹⁰. É preciso compreender as experiências destes países para que se construa um mundo mais fraterno, solidário e justo. Conforme coloca Boaventura de Sousa Santos¹¹: “Dado o passado histórico imperial europeu, a primeira condição para a aprendizagem mútua é a disponibilidade para aprender a partir do Sul Global, com experiências de imensas regiões do mundo que estiveram sujeitas ao jugo europeu”.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. Coimbra: Edições Almedina, 2022.

¹¹ *Idem*, p. 621

O Brasil conta com 212 milhões de habitantes, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2023, espalhados por 5.570 municípios, sendo que de 2010 a 2024 foram registrados 1.700.686 imigrantes, compreendidos os residentes, temporários e fronteiriços. Destacam-se as pessoas oriundas da Venezuela (500.636), Haiti (183.102) e da Bolívia (110.795).

Em 2017, avançando muito no tratamento humano dos estrangeiros, o Brasil aprovou a Lei 13.445, a conhecida “Lei de Migração”, um marco normativo para a proteção do estrangeiro e garantia de seus direitos humanos, que merece a devida atenção da comunidade internacional.

3. A LEI 13.445/2017 E O AVANÇO NA PROTEÇÃO DO MIGRANTE

Não se pretende aqui qualquer tipo de romantização da realidade brasileira. Nos últimos anos temos observado muito mais ofensas e lesões a direitos humanos do que sua concreta efetivação.

Após a destituição de Dilma Rousseff da Presidência da República em 2016, por intermédio de um golpe de Estado¹², assumiu o poder um outro grupo político, capitaneado pelo até então vice-presidente Michel Temer. Com o forte apoio de um congresso majoritariamente conservador, a pauta contrária aos direitos avançou a passos largos, tendo havido um inegável retrocesso em vários campos do Direito.

As políticas públicas foram contidas pela Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o “Teto de Gastos”. Os direitos trabalhistas foram diminuídos pela Lei 13.467/2017, a chamada “Reforma Trabalhista”. A proteção previdenciária foi minorada com a Emenda Constitucional nº 103/2019, a chamada “Reforma Previdenciária”.

¹² MARTUSCELLI, Danilo Enrico. Polêmica sobre a definição do impeachment de Dilma Rousseff como Golpe de Estado. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, V.14, N.2, 2020.

Dentro desta onda de diminuição de direitos, a Lei 13.445/2017 é um ponto fora da curva, uma exceção, que destoa da realidade normativa do referido período. Isto tem razões históricas.

A Lei 13.445/2017 é fruto do Projeto de Lei do Senado 288/2013, de autoria do então Senador Federal Aloysio Nunes Ferreira (PSDB/SP). Após o golpe, o referido Senador assumiu a liderança do governo no Senado e, posteriormente, foi nomeado Ministro das Relações Exteriores por Michel Temer. Ou seja, a origem da Lei 13.445/2017 tem relação direta com o grupo que liderou a retirada do Partido dos Trabalhadores do governo. Contava, portanto, com o apoio do *establishment* brasileiro.

Mas também contava com o apoio de movimentos sociais. Segundo Bela Feldman-Bianco¹³:

A aprovação da nova lei da migração (Lei 13.445, de 2017) foi, em última análise, uma conquista dos movimentos sociais de migrantes transnacionais que, em conjunto com organizações que atuam junto aos migrantes e refugiados, há muito demandava, uma legislação com foco nos direitos humanos.

O objetivo era revogar a Lei 6.815/1980, o chamado “Estatuto do Estrangeiro”, produzida ainda na época da ditadura militar e com várias incompatibilidades com a Constituição Federal de 1988. Ela havia sido pensada dentro do contexto de segurança nacional, sendo um resquício jurídico da ditadura militar¹⁴.

Na passagem da ditadura para a democracia, a Constituição Federal de 1988 é o grande marco normativo. Ela elencou a dignidade da pessoa humana como um fundamento (art. 1º, III, CF/88), a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como

¹³ FELDMAN-BIANCO, Bela. O Brasil frente ao regime global de controle das migrações: Direitos humanos, securitização e violências. **TRAVERSIA - Revista do Migrante** - Ano XXXI, Nº 83 - Maio - Agosto / 2018, p. 19

¹⁴ OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **Revista Brasileira de Estudos de População**, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

objetivo fundamental (art. 3º, IV, CF/88), e a prevalência dos direitos humanos como um de seus princípios de relações internacionais (art. 4º, II, CF/88).

Não obstante os avanços da Constituição Federal de 1988, percebe-se nela ainda a influência de uma mentalidade discriminatória do estrangeiro, como quando o artigo 5º refere apenas o “estrangeiro residente”, ou o artigo 109, X, menciona “crimes” de ingresso ou permanência como de competência da Justiça Federal. De qualquer forma, deve-se compreender a norma dentro do contexto histórico de sua produção, o final da década de 80 do século passado.

O fato é que a Lei 6.815/1980 tinha inúmeras disposições contrárias ao novo texto constitucional. Segundo Duval Magalhães Fernandes, Marina Aparecida Pimenta da Cruz Correa e Valquiria Almeida¹⁵: “O período de vigor desse documento foi marcado por uma jurisdição austera e pela ausência de políticas migratórias, além de reforçar a ideia do estrangeiro como um inimigo que deve ser evitado, fazendo com o que o país passasse a ter a marca de um país de emigração”.

Apesar do apoio do *establishment* brasileiro e dos movimentos sociais, a Lei 13.445/2017 não foi aprovada sem resistência parlamentar. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth¹⁶ bem expõe a posição de políticos como Ronaldo Caiado, Marcos Feliciano e Jair Bolsonaro contrários à aprovação da lei:

Em seus pronunciamentos em plenário acerca do Projeto de Lei, o então Deputado Jair Bolsonaro (PSC-RJ), em 06 de dezembro de 2016, também evidenciou uma perspectiva abertamente xenofóbica em relação aos migrantes ao referir que ‘é um crime o que estão fazendo aqui com este projeto de lei, escancarando as portas do Brasil para todo o mundo. Tudo quanto é tipo de escória virá para cá agora!’

¹⁵ FERNANDES, Duval, CORREA, Marina, ALMEIDA, Valquiria. Paradigmas jurídicos no Brasil: de estrangeiros a cidadãos de um Estado Democrático de Direito. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 41, 2023, p. 313-346.

¹⁶ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. As políticas migratórias brasileiras do século XIX ao século XXI: uma leitura biopolítica do movimento pendular entre democracia e autoritarismo. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2330-2358.

Enfim, embora não seja isenta de críticas, a Lei 13.445/2017 deu ênfase à garantia dos direitos das pessoas migrantes e é uma das legislações mais modernas no trato das políticas migratórias¹⁷. Para Eduardo Cambi, Letícia de Andrade Porto e Melina Girardi Fachin¹⁸:

No Brasil, a Lei 13.445/2017, regulamentada pelo Decreto 9.199/2017, modernizou o regime regulatório da migração, adotando como diretriz a proteção dos direitos humanos das pessoas migrantes, com destaque para os princípios da não criminalização da migração, da não descriminalização e do repúdio à xenofobia.

Deve-se esclarecer que embora intitulada “Lei de Migração”, a Lei 13.445/2017 trouxe importantes princípios e regras aplicáveis também ao estrangeiro visitante, não residente no Brasil. Afinal, o estrangeiro sempre se encontra em uma situação de vulnerabilidade. Segundo Nadia de Araujo¹⁹:

[...] passa o estrangeiro a ser tratado como um sujeito de direitos, com garantias e deveres, sob a ótica dos direitos humanos. O estabelecimento desse novo marco legal, sob a perspectiva da proteção, garantindo direito de informação e assistência jurídica, e não mais sob a perspectiva do controle, seguramente evitará situações de abusos e discriminações, especialmente levando em conta que esse indivíduo, que está na condição de visitante, encontra-se em uma posição de vulnerabilidade.

A Lei de Migração brasileira tem 125 artigos, merecendo destaque os seus artigos 3º e 4º, dentro da seção “Dos Princípios e das Garantias”. O referido artigo 3º elenca 22 princípios e diretrizes. Dentre eles, chama a atenção o inciso X “inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas”.

¹⁷ OLIVEIRA, *op. cit*

¹⁸ CAMBI, PORTO, FACHIN, *op. cit*, p. 335.

¹⁹ ARAUJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: teoria e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 511.

Conforme demonstram Ilton Garcia da Costa e Ana Luiza Godoy Pulcinelli²⁰, um dos principais problemas vividos pelos imigrantes é a inserção no mercado de trabalho. O discurso anti-imigração se sustenta exatamente na crença de que o imigrante “roubará” o emprego do nacional. Por isso, a questão do trabalho é tão relevante. A falta de políticas públicas leva o imigrante ao trabalho informal ou até mesmo ao trabalho em condição análoga a de escravo.

Segundo o último relatório do Governo Federal Brasileiro sobre o tema, em 2023 foram criadas 47,2 mil vagas para trabalhadores imigrantes, considerando apenas o mercado formal²¹.

A discriminação é outro problema grave vivido pelo estrangeiro²². Daí a importância do inciso II, do artigo 3º, da Lei de Migração, prevendo o: “repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação”. O texto é completo ao estipular não só o repúdio à xenofobia, mas a sua verdadeira prevenção. Revela uma posição contemporânea, na qual o Estado deve antecipar a lesão, adotando políticas públicas eficazes que evitem a violação a direitos. A promoção de direitos humanos é uma missão fundamental em todo e qualquer estado democrático.

Ainda, deve-se destacar o inciso III, prevendo a “não criminalização da migração”. Ou seja, migração não é caso de polícia. Não é um problema de Segurança Pública. Esta é uma mudança radical no tratamento do estrangeiro. Ele não é uma ameaça. Os países do Norte têm muito a aprender com esta noção.

²⁰ COSTA, Ilton Garcia da, PULCINELLI, Ana Luiza Godoy. Imigrantes: uma análise crítica dos serviços públicos adotados para a sua inserção no mercado de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, número 71, pp. 243-267, jul/dez de 2017.

²¹ CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; LEMOS SILVA, Sarah. Dados Consolidados da Imigração no Brasil 2023. Série Migrações. **Observatório das Migrações Internacionais**; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2024

²² SANTIN, Valter Foletto. Migração e discriminação do trabalhador. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, número 175, jul/set de 2007.

Não obstante, a Lei de Migração não criou um órgão civil específico para lidar com o migrante, mantendo a competência da Polícia Federal para tanto. Aí uma de suas críticas. Segundo Leura Dalla Riva e Milena Petters Melo²³:

A nova lei manteve, contudo, as competências da Polícia Federal em questões relacionadas à migração. Trata-se de resqúcio da lógica do Estatuto de 1980, segundo a qual migração é assunto de segurança nacional e não de órgão civil autônomo que poderia ter sido instituído pela nova lei.

Enfim, não é o objetivo deste artigo esmiuçar cada um dos dispositivos da Lei de Migração brasileira, mas apenas expô-la como uma importante contribuição normativa no tratamento do estrangeiro. Para aprofundamentos, recomenda-se a obra “Lei de migração comentada”, organizada por Ana Carolina Souza Fernandes e Vladimir Oliveira da Silveira²⁴, e a obra “Nova Lei de Migração - os três primeiros anos”, coordenada por André de Carvalho Ramos, Luís Renato Vedovato e Rosana Baeninger²⁵.

Uma última observação deve ser feita. Não se ignora o abismo muitas vezes existente entre a norma posta e a vida das pessoas. Uma coisa é o belo texto da Lei de Migração Brasileira e outra é a forma como o Estado brasileiro efetivamente lida com os estrangeiros. Mas se acredita que o viés normativo é um importante começo. E a Lei 13.445/2017 é um marco no respeito ao migrante, que merece ser estudada e melhor compreendida pela comunidade internacional.

4. CONCLUSÃO

²³ RIVA, Leura Dalla, MELO, Milena Petters. Reflexões sobre a lei de migração no Brasil: entre o mínimo da dignidade e a máxima efetividade da Constituição. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 223-248, out./dez. 2021, p. 236

²⁴ FERNANDES, Ana Carolina Souza, e SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Org.). **Lei de migração comentada**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2022.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho; VEDOVATO, Luís Renato; BAENINGER, Rosana (Coord.). **Nova Lei de Migração: os três primeiros anos**. Campinas: **Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo**; Unicamp-Observatório das Migrações em São Paulo/FADISP, 2020.

O estudo desenvolvido demonstrou que, no contexto atual, os direitos dos estrangeiros permanecem um desafio crítico em meio às contradições de um mundo globalizado. Enquanto muitos países do Norte Global avançam em discursos e práticas anti-imigração, marcados por retrocessos normativos e hostilidade aos migrantes, o Brasil apresenta, por meio da Lei 13.445/2017, um marco normativo que rompe com uma tradição histórica de exclusão e criminalização do estrangeiro. Essa legislação, ainda que produzida em um cenário de restrição a direitos, destaca-se como uma exceção, refletindo avanços significativos na proteção e promoção dos direitos humanos.

No entanto, o desenvolvimento deste artigo também revelou que a efetividade da Lei de Migração Brasileira enfrenta desafios práticos consideráveis. Problemas como a precariedade da inserção no mercado de trabalho, a vulnerabilidade social e a discriminação estrutural ainda afetam profundamente os imigrantes no Brasil, revelando o descompasso entre a norma posta e sua aplicação concreta. Apesar disso, a legislação traz inovações fundamentais, como a não criminalização da migração, o repúdio à xenofobia e a ênfase em políticas públicas de inclusão social, configurando-se como uma contribuição exemplar em um contexto global marcado por retrocessos.

Portanto, a Lei 13.445/2017, além de ser um importante avanço jurídico, sinaliza para a comunidade internacional a possibilidade de um modelo de regulação migratória mais humano. O desafio que permanece é assegurar que os princípios consagrados na norma se traduzam em práticas efetivas que promovam a dignidade dos migrantes. Para tanto, faz-se necessário um esforço contínuo de implementação de políticas públicas e combate às discriminações, com vistas à superação do modelo de globalização neocolonial que perpetua desigualdades e exclusões. Assim, o Brasil apresenta-se como um espaço de resistência e possibilidade, onde o direito pode ser instrumento de transformação social e emancipação dos sujeitos vulneráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Marina Lucena. Saúde nas fronteiras: o direito do estrangeiro ao SUS. Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário, Brasília, volume 2, número 1, jan/jul de 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2024.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 25 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Migração no Brasil. Boletim informativo nº 4, outubro/2024.

CAMBI, Eduardo, PORTO, Letícia de Andrade Porto, FACHIN, Melina Girardi. Constituição e direitos humanos: tutela dos grupos vulneráveis. São Paulo: Almedina, 2022.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T.; LEMOS SILVA, Sarah. Dados Consolidados da Imigração no Brasil 2023. Série Migrações. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra, 2024.

COSTA, Ilton Garcia da, PULCINELLI, Ana Luiza Godoy. Imigrantes: uma análise crítica dos serviços públicos adotados para a sua inserção no mercado de trabalho. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, número 71, pp. 243-267, jul/dez de 2017.

FELDMAN-BIANCO, Bela. O Brasil frente ao regime global de controle das migrações: Direitos humanos, securitização e violências. TRAVESSIA - Revista do Migrante - Ano XXXI, Nº 83 - Maio - Agosto / 2018.

FERNANDES, Ana Carolina Souza, e SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Org.). Lei de migração comentada. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2022.

FERNANDES, Duval, CORREA, Marina, ALMEIDA, Valquiria. Paradigmas jurídicos no Brasil: de estrangeiros a cidadãos de um Estado Democrático de Direito. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 41, 2023, p. 313-346.

HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

HUNT, Lynn. A invenção dos Direitos Humanos - uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARTUSCELLI, Danilo Enrico. Polêmica sobre a definição do impeachment de Dilma Rousseff como Golpe de Estado. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, V.14, N.2, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 de outubro de 2023.

PIKETTY, Thomas. O capital no Século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAMOS, André de Carvalho; VEDOVATO, Luís Renato; BAENINGER, Rosana (Coord.). Nova Lei de Migração: os três primeiros anos. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo; Unicamp-Observatório das Migrações em São Paulo/FADISP, 2020.

RIVA, Leura Dalla, MELO, Milena Petters. Reflexões sobre a lei de migração no Brasil: entre o mínimo da dignidade e a máxima efetividade da Constituição. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 86, p. 223-248, out./dez. 2021.

SANTIN, Valter Foletto. Migração e discriminação do trabalhador. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, número 175, jul/set de 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. Coimbra: Edições Almedina, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo - a afirmação das epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. As políticas migratórias brasileiras do século XIX ao século XXI: uma leitura biopolítica do movimento pendular entre democracia e autoritarismo. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2330-2358.

MEDIAÇÃO FAMILIAR: ASPECTOS GERAIS E RELEVANTES - UMA ANÁLISE JURÍDICA E MULTIDISCIPLINAR

Family Mediation: general and relevant aspects - a legal and multidisciplinary analysis

Camila Pires de Oliveira Faria¹

Universidade do Minho

DOI: <https://doi.org/10.62140/CPOF5112025>

Sumário: 1. Introdução; 2. O enquadramento jurídico da Mediação Familiar; 3. Alguns princípios fundamentais e atuação do mediador; 4 Limitações e contraindicações; 4.1 Casos que envolvem violência; 4.2 Situações de alto conflito; 4.3 Outras situações em que não é recomendável a mediação; 5 Conclusão.

Resumo: o artigo analisa a mediação familiar como método complementar de resolução de conflitos, destacando sua importância no sistema jurídico moderno. Estabelece a distinção fundamental entre conflito e litígio, onde o conflito representa aspectos emocionais e relacionais mais profundos, enquanto o litígio constitui apenas sua manifestação formal no sistema judicial. O texto examina o enquadramento jurídico da mediação familiar em Portugal, incluindo sua base constitucional e legislação específica, bem como a influência do direito europeu. Discute princípios fundamentais como confidencialidade, igualdade, imparcialidade e isonomia, enfatizando o papel crucial do mediador na condução do processo. Aborda limitações

¹Camila é formada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil no ano de 2007. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em 2009 e pós-graduada pelo Cedin/MG em Direito Notarial e Registral em 2023. É leiloeira pública oficial, licenciada pela JUCEMG. É mediadora N1, com especialização em mediação familiar, certificada pelo ICFML em 2024. Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho, Portugal 2024/2026. Contato: camilapiresbh@hotmail.com.

e contraindicações da mediação, especialmente em casos que envolvem violência doméstica, situações de alto conflito e desequilíbrios significativos de poder entre as partes. O artigo destaca a importância do acolhimento e da empatia na mediação familiar, reconhecendo a necessidade de equilibrar aspectos técnicos e emocionais, sempre respeitando os limites necessários para a validade e seriedade do processo.

Mediação Familiar; Resolução de Conflitos; Direito de Família; Violência Doméstica; Princípios da Mediação.

Abstract: the article analyzes family mediation as a complementary method of conflict resolution, highlighting its importance in the modern legal system. It establishes the fundamental distinction between conflict and litigation, where conflict represents deeper emotional and relational aspects, while litigation constitutes only its formal manifestation in the judicial system. The article examines the legal framework for family mediation in Portugal, including its constitutional basis and specific legislation, as well as the influence of European law. It discusses fundamental principles such as confidentiality, equality, impartiality and isonomy, emphasizing the crucial role of the mediator in conducting the process. Addresses limitations and contraindications to mediation, especially in cases involving domestic violence, high-conflict situations, and significant power imbalances between the parties. The article highlights the importance of welcome and empathy in family mediation, recognizing the needT to balance technical and emotional aspects, always respecting the limits necessary for the validity and seriousness of the process.

Keywords: Family Mediation; Conflict Resolution; Family Law; Domestic Violence; Principles of Mediation.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da mediação familiar no ordenamento jurídico português, com especial ênfase em sua aplicação no âmbito das responsabilidades parentais. A análise será desenvolvida considerando tanto os aspectos jurídico-normativos quanto as questões práticas que envolvem a implementação deste importante mecanismo de resolução alternativa e complementar de conflitos. Busca-se compreender não apenas o funcionamento da mediação familiar, mas também suas limitações e potencialidades no contexto das relações familiares contemporâneas.

Para alcançar este objetivo, o trabalho está estruturado em três capítulos principais que se complementam e dialogam entre si. O primeiro capítulo dedica-se ao estudo do enquadramento jurídico da mediação familiar em Portugal, abordando tanto a legislação nacional quanto as influências do direito europeu na conformação do sistema atual.

Examina-se o desenvolvimento histórico da mediação no ordenamento português, desde seu reconhecimento constitucional em 1997 até as mais recentes alterações legislativas, com especial atenção ao papel do Despacho Normativo 13/2018 na modernização do sistema.

O segundo capítulo concentra-se na análise dos princípios fundamentais e da estrutura operacional da mediação familiar. Nesta seção, são examinados em profundidade os princípios basilares que regem o procedimento, como a voluntariedade, a confidencialidade, a neutralidade e, especialmente, o princípio da igualdade, conforme estabelecido no artigo 6º da Lei 29/2013. A compreensão destes princípios é essencial para entender não apenas o funcionamento da mediação, mas também suas limitações e casos de inaplicabilidade.

O terceiro capítulo, por sua vez, dedica-se à análise crítica das limitações e contraindicações da mediação familiar, com particular atenção aos casos que envolvem violência doméstica e situações de alto conflito. Esta seção é fundamental para estabelecer os limites éticos e práticos da mediação familiar, reconhecendo que, embora seja um instrumento valioso, não é apropriada para todas as situações de conflito familiar. A análise culmina com uma reflexão sobre a importância de

reconhecer estas limitações para preservar a integridade e eficácia do instituto da mediação familiar.

2. O enquadramento jurídico da Mediação Familiar

A mediação familiar em Portugal está estruturada em um sofisticado sistema jurídico que integra elementos constitucionais, legislação ordinária e normas comunitárias europeias. O marco inicial deste enquadramento nos remonta à 1997, quando a mediação recebeu reconhecimento constitucional através do artigo 202.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP).

Este dispositivo constitucional permitiu a criação de: “A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”². Desse modo, estabeleceu a mediação como uma forma legítima de composição de conflitos, consolidando-a como parte integrante do sistema jurídico português. Tal reconhecimento constitucional foi fundamental para a implementação e legitimação dos meios de resolução alternativa de conflitos no país.

O arcabouço legal atual da mediação familiar em Portugal é constituído por um conjunto articulado de diplomas legais que se complementam e dialogam entre si. A Lei 29/2013 estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, regulamentando aspectos essenciais como a confidencialidade do procedimento e a executoriedade dos acordos obtidos.

A Lei 141/2015, que instituiu o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (doravante RGPTC), dedica especial atenção à mediação familiar no contexto das responsabilidades parentais, estabelecendo em seu artigo 24.º procedimentos específicos para o encaminhamento de casos à mediação.

² Artigo 202.º, n.º4 da CRP. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775-49307675>. Acessado em: 17/12/2024.

Complementando este quadro, o despacho normativo 13/2018 atualizou o sistema, trazendo uma perspectiva mais moderna, este diploma revogou o despacho n.º 18778/2007, porém não trouxe inovações significativas.

Segundo Cátia Marques Cebola e Rossana Martingo³ Cruz mantém a essência do despacho de 2007, mas desenvolveu alguns aspectos que a experiência de 2007 mostrou serem necessários. Seguindo os ensinamentos das nobres doutoras o SMF (doravante Sistema de Mediação Familiar) mantém competência generalizada para a resolução de conflitos familiares e estruturado agora em um sistema de listas de mediadores familiares, capazes de intervir em várias localidades portuguesas, com apoio e coordenação global dos serviços pela Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ).

A influência do direito europeu no sistema português de mediação familiar é notável e se manifesta através de diversos instrumentos normativos. A Recomendação 98 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa estabeleceu diretrizes fundamentais para a implementação da mediação familiar nos estados membros.

O Livro Verde que versa sobre resolução alternativa de litígios contribuiu para a discussão e desenvolvimento de práticas harmônicas em toda a União Europeia. O Código Europeu de Conduta para Mediadores trouxe parâmetros éticos e profissionais essenciais para o exercício da atividade. De particular relevância é a Diretiva 2008/52/CE, que estabeleceu padrões mínimos comuns para a mediação em matéria civil e comercial, incluindo aspectos familiares, forçando os estados membros a adequarem suas legislações internas a estes parâmetros.

Uma característica que distingue o sistema português é a coexistência de serviços públicos e privados de mediação familiar, uma abordagem que amplia significativamente o acesso à resolução de conflitos.

³ CRUZ, Rossana Martingo e CEBOLA, Cátia. *Legislação Resolução Alternativa de Litígios*. Gestlegal, 2021.

No âmbito público, a mediação familiar integra o Sistema de Mediação Familiar. Esta estrutura dual permite que as famílias escolham entre serviços públicos, geralmente mais acessíveis financeiramente, e serviços privados, que podem oferecer maior flexibilidade em termos de horários e procedimentos.

O RGPTC reforça esta integração ao obrigar tribunais e conservatórias a informarem às partes sobre a existência e as vantagens da mediação familiar, promovendo assim uma cultura de resolução consensual de conflitos, quando o caso concreto assim indicar.

3. Alguns princípios fundamentais e atuação do mediador

Vamos tomar por base a lei portuguesa n.º 29/2013⁴ e a lei brasileira 13.140/2015⁵, ou seja, as leis que determinam os princípios gerais da mediação em Portugal e no Brasil, podemos considerar que um dos grandes limites impostos ao mediador e que este deve observar e seguir a risca, são os princípios que norteiam essa forma de resolução de conflitos.

Ao mediador cabe conduzir toda e qualquer forma de mediação com base nesses princípios. Pode-se destacar alguns deles, tais como: confidencialidade, igualdade, imparcialidade e isonomia entre as partes.

No que tange ao princípio da confidencialidade cabe ao mediador na medida do seu acolhimento e empatia os expressar de forma a preservar o que foi lhe dito em sessão privada por uma das partes, por exemplo, não devendo externar excesso ou diminuição do grau de acolhimento ou empatia ao estar novamente presente com a outra parte em sessão conjunta.

⁴ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1907&tabela=leis. Acesso em 17/12/2024.

⁵ Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 17/12/2024.

Em relação ao princípio da igualdade (contemplados na lei portuguesa) e isonomia (contemplada na lei brasileira), cabe ao mediador tratar as partes de forma igualitária, ou seja, dar às partes e aos seus advogados, momentos de fala e oportunidades de se expressarem na mesma medida. O tema da igualdade e isonomia tem amplo campo de estudo, mas não será objeto do presente artigo.

O objetivo aqui é demonstrar que cabe ao mediador dar às partes tratamentos equânimes, sem dar preferência para uma ou outra parte. O limite imposto pelo princípio determina que o mediador seja acolhedor e empático na mesma medida com ambas as partes, garantindo assim a sua imparcialidade.

A imparcialidade do mediador garante às partes e ao processo de mediação segurança jurídica, uma vez que as partes é que decidem sobre seus conflitos sem se confundir com a pessoa do mediador que exerce uma função de ser o condutor do processo e não interventor interessado em nenhum dos lados.

No que se refere aos limites pessoais e profissionais do mediador é preciso que ele fique muito atento para não se confundir e não deixar com que as partes se confundam de que mediação não é terapia. A esse respeito e com muita propriedade nos fala Rossana Martingo Cruz ⁶

Sabemos que as maiores corporações, tais como a Microsoft, hoje representado na figura do CEO Satya Nadella⁷, veem a empatia como uma habilidade urgente e necessária para se estabelecer relações saudáveis de liderança nas próprias organizações.

E quem é o mediador na mediação, senão o líder na condução harmoniosa daquele processo em questão? Pois bem, entendemos que a empatia e o acolhimento

⁶ CRUZ, Rossana Martingo, *Alguns desafios na prática da mediação familiar* p.166-189. In: RDFAS *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, ano 3, vol.9, julho/setembro 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47384>. Acessado em 18/12/2024.

⁷ Disponível em: <https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/microsofts-ceo-on-how-empathy-sparks-innovation/>. Acesso em 17/12/2024.

saíram do campo apenas de habilidades naturais pessoais, para habilidades necessárias no mundo atual.

Portanto cabe ao mediador se aprofundar em si mesmo e nos seus conhecimentos acerca de quem ele próprio é, para conseguir implantar de forma saudável e efetiva as competências do acolhimento e da empatia na medida em que ele determinar para cada caso.

Como este artigo trata especificamente da mediação familiar e em tratando-se de relações interpessoais tão intensas, subjetivas e *sui generis*, cabe ao mediador com sua expertise, estudos constantes e experiências de vida, delimitar quais são os limites saudáveis para ele e para aquele processo de mediação, que ele irá impor, para externar o seu acolhimento e empatia em cada caso específico⁸.

Aqui não existe receita de bolo e muito menos inteligência artificial que consiga decifrar as necessidades de cada caso concreto. Dessa forma, fica o nosso convite para que os mediadores mergulhem profundamente em si para que possam transbordar o melhor que possuem para o mundo.

4. Limitações e contraindicações

O princípio da igualdade, consagrado no artigo 6.º da Lei 29/2013, constitui um dos pilares fundamentais da mediação familiar em Portugal. Este princípio estabelece que as partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o processo da mediação, garantindo-lhes oportunidades equivalentes de participação.

A igualdade não se limita apenas ao aspecto formal do procedimento, mas estende-se à necessidade de assegurar um equilíbrio real entre as partes, considerando suas diferentes posições, capacidades e vulnerabilidades. O mediador tem um papel

⁸ Artigo 27, n.º 3 lei 29/2013.

crucial na efetivação deste princípio, devendo estar atento a eventuais desequilíbrios de poder que possam comprometer a justiça e eficácia do processo de mediação.

A aplicação prática do princípio da igualdade implica na identificação e gestão de situações em que existe um desequilíbrio entre as partes. Nestas situações, o mediador deve avaliar cuidadosamente se é possível estabelecer um ambiente de verdadeira igualdade através de técnicas específicas de mediação ou se o caso deve ser encaminhado para outras formas de resolução de conflitos.

A observância do princípio da igualdade serve também como critério fundamental para determinar a viabilidade da mediação nos casos concretos. Quando o desequilíbrio entre as partes é tão significativo que compromete a possibilidade de um diálogo verdadeiramente equilibrado, a mediação pode não ser o meio mais adequado para a resolução do conflito. Esta avaliação é particularmente importante em situações que envolvem:

4.1. Casos que envolvem violência

A proibição expressa da mediação em casos de violência doméstica, estabelecida pelo Artigo 48, n.º 1 da Convenção de Istambul, fundamenta-se em uma compreensão profunda das dinâmicas de poder e controle presentes em relacionamentos abusivos.

Esta proibição não é meramente formal, mas resultado de extensivas pesquisas e experiências práticas que demonstram a impossibilidade de estabelecer um diálogo equilibrado quando existe um histórico de violência entre as partes⁹.

A mediação, que pressupõe a capacidade de negociação livre e consciente, torna-se inviável em contextos em que uma das partes vivencia ou vivenciou situações de medo, coerção ou intimidação. O trauma resultante da violência doméstica pode

⁹Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/76463/1/Luisa%20Minissa%20Mota%20Ouabdelkader.pdf> Acessado em: 18/12/2024.

comprometer significativamente a capacidade da vítima de defender seus interesses e expressar suas necessidades de forma adequada durante o processo de mediação.

Para além da violência física direta, é fundamental reconhecer outras formas de violência que também inviabilizam o processo de mediação familiar. Situações de violência psicológica, econômica, verbal ou mesmo de controle coercitivo sutis podem não apresentar marcas físicas visíveis, mas são igualmente prejudiciais ao processo de mediação.

O mediador deve estar especialmente atento a sinais que possam indicar estas formas menos evidentes de violência, como comportamentos de submissão excessiva, medo desproporcional de contrariar a outra parte, ou dificuldade extrema em expressar opiniões próprias. Quando verificados tais indicadores, o mediador tem a responsabilidade ética e legal de interromper o processo de mediação, mesmo que a situação de violência não tenha sido previamente reportada às autoridades competentes.

Particularmente sensível é a questão da violência em casos que envolvem responsabilidades parentais. Mesmo quando a violência é direcionada apenas a um dos cônjuges, o impacto sobre as crianças é significativo, sabemos que não existe violência indireta, mas sim um verdadeiro concurso de crimes nestes casos, e deve ser considerado como fator determinante para a contraindicação da mediação¹⁰.

De acordo com Ana Isabel Sani, os estudos realizados nos indicam o seguinte: “As crianças expostas à violência parental têm mais problemas comportamentais, exibem afecto significativamente mais negativo, respondem menos apropriadamente às situações, mostram-se mais agressivas com os pares (e.g.,

¹⁰SANTOS, Margarida. *A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspectivas à luz da norma penal e da prática judiciária*.p.163- 169. In: *Dizer o direito: o papel dos tribunais no século XXI*. Disponível em: <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/download/30/71/830?inline=1> Acessado em:20/12/2024

situações de bullying) e têm relacionamentos mais ambivalentes com as pessoas que delas cuidam do que as crianças de famílias não violentas”¹¹.

Nos dizeres do Dr. Paulo Guerra¹², “crianças que crescem em famílias afetadas por violência e abuso doméstico têm: um risco maior de problemas de saúde mental ao longo da vida (Bogat, DeJonghe, Levendosky, Davidson e von Eye, 2006; Meltzer, Doos, Vostanis, Ford e Goodman, 2009; Mezey, Bacchus, Bewley e White, 2005; Peltonen, Ellonen, Larsen e Helweg-Larsen, 2010); risco aumentado na saúde física (Bair-Merritt, Blackstone e Feudtner, 2006); risco de abandono escolar e outros desafios educacionais (Byrne e Taylor, 2007; Koenen, Moffitt, Caspi, Taylor e Purcell, 2003; Willis et al., 2010); risco de envolvimento em comportamentos criminais (R. Gilbert et al., 2009; T. Gilbert, Farrand, & Lankshear, 2012) e dificuldades interpessoais em relacionamentos e amizades futuras (Black, Sussman & Unger, 2010; Ehrensaft et al., 2003; Siegel, 2013). São também mais propensos a sofrer e a praticar bullying (Baldry, 2003; Lepistö, Luukkaala e Paavilainen, 2011) e são mais vulneráveis ao abuso e exploração sexual, além de maior probabilidade de se envolverem em relacionamentos violentos (Finkelhor, Ormrod, & Turner, 2007; Turner, Finkelhor & Ormrod, 2010)”.

O dever de proteção à criança, consagrado tanto na legislação nacional quanto em tratados internacionais, sobrepõe-se a qualquer potencial benefício que a mediação poderia oferecer. Nestes casos, o encaminhamento ao sistema judicial tradicional não representa uma falha da mediação, mas sim o reconhecimento de seus limites e que certas situações exigem a intervenção direta do Estado através de seus mecanismos de proteção e garantia de direitos.

4.2. Situações de alto conflito

¹¹Disponível em: <https://julgat.pt/wp-content/uploads/2014/07/A-EXPOSIÇÃO-DA-CRIANÇA-À-VIOLÊNCIA-INTERPARENTAL-Ana-Sani-e-Diana-Cardoso.tif.pdf> Acessado em: 18/12/2024

¹² Aula ministrada no mestrado de Direito das Crianças, Família e Sucessões da Universidade do Minho, no dia 04/10/2024.

As situações de alto conflito no âmbito familiar apresentam desafios específicos que podem inviabilizar o processo de mediação, mesmo na ausência de violência explícita. Um dos cenários mais comuns envolve a existência de posições cristalizadas entre as partes, onde o nível de divergência alcançou um patamar que impossibilita o diálogo construtivo.

Estas situações caracterizam-se por uma rigidez tanto emocional quanto racional que impedem que as partes considerem perspectivas diferentes das suas ou de reconhecerem a legitimidade das necessidades e interesses do outro. Quando o conflito atinge este nível de cristalização, frequentemente acompanhado por um histórico de tentativas frustradas de comunicação, a mediação pode não apenas ser ineficaz, mas também contribuir para o agravamento das tensões existentes¹³.

Friedrich Glasl's desenvolveu um modelo de grande utilidade para determinar um conflito numa escala de 1 a 9, desde um simples desacordo até o conflito mais complexo^{14 15}. Sabemos que nos casos dos conflitos atingirem níveis, graus, acima de 3, não é recomendável a mediação.

¹³ COSTA, Alexandre A. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. p. 161 a 201 In: AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Ed. Grupos de Pesquisa. Brasília, 2004. Disponível em: <https://arcos.org.br/content/files/2022/07/Estudos-em-Arbitragem-Media-o-e-Negocia-o3.pdf>. Acessado em: 17/12/2024.

¹⁴ “O economista e mediador austríaco Friedrich Glasl constatou que os conflitos seguem um padrão repetitivo de evolução e com base nisso ele estruturou um modelo de análise do conflito chamado de escalada do conflito, que tem 9 degraus descendentes. GLASL, Friedrich. *Autoajuda em conflitos*. São Paulo: Antroposófica, 1999”. In: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-conflito-so-desce-ladeira-abaixo/1312820858>. Acessado em: 18/12/2024.

¹⁵ “Um conflito nunca começa do nada, de um dia pro outro, ou causado só por um lado. Cada parte tem a sua contribuição, muito embora só enxergue culpa no outro. É uma escada que vai descendo ladeira abaixo. 1º degrau: endurecimento. Começa com uma divergência simples. Pontos de vista diferentes. As pessoas não conseguem mais se abrir espontaneamente, tornam-se seletivas em relação ao outro e desenvolvem restrições interiores não ditas. As partes ainda tentam fazer funcionar, mas se não conversarem abertamente para esclarecer e compreender o ponto de vista do outro, o conflito torna-se mais tenso e desce mais um degrau. 2º degrau: debate/polêmica. A palavra “debate” vem do francês e significa “bater, golpear”. Esse modelo de conversa supõe que o outro precisa ser derrotado na controvérsia. Cada um busca ter razão e reforçar o próprio ponto de vista, que passa a ter o mesmo valor que o objeto inicial da discordância. Ter razão passa a ser o ponto-chave. Nesse nível as pessoas já estão polarizadas. Os argumentos são fortemente rebatidos e a discussão é desviada para o tema no qual cada pessoa se sente segura para promover insegurança no outro. Cada lado se fixa no seu próprio argumento e não consegue nem tem mais interesse em ouvir o ponto de vista do outro. Torna-se um jogo em que o que importa é mostrar a superioridade no debate. E aí desce mais um enorme degrau. 3º degrau: ações sem palavras. Cada um faz o que quer, e tem a sua opção como fato consumado. Ações, e não mais conversas, passam a definir os acontecimentos, e agora as partes passam a se olhar com desconfiança, o que causa

4.3. Outras situações em que não é recomendável a mediação

Como já falado por nós anteriormente, os desequilíbrios significativos de poder entre as partes constituem outro fator crítico que pode comprometer a viabilidade da mediação familiar.

Estes desequilíbrios podem manifestar-se de diversas formas, desde diferenças econômicas consideráveis até diferenças marcantes no acesso à informações ou a recursos emocionais.

Particularmente problemáticas são as situações em que uma das partes mantém uma posição de ascendência psicológica sobre a outra, seja por questões culturais, sociais ou decorrentes da própria dinâmica do relacionamento.

A utilização da mediação como expediente dilatório também se enquadra neste contexto, pois revela um desequilíbrio no comprometimento das partes com o processo de resolução do conflito, onde uma delas busca manipular o procedimento para obter vantagens processuais ou manter provisoriamente uma situação que lhe seja favorável.

Uma preocupação adicional surge quando se identifica o fenômeno conhecido como "fishing expedition"¹⁶, onde uma das partes utiliza o espaço da mediação não com o objetivo genuíno de alcançar uma solução consensual, mas

mal-entendidos, que gera ainda mais desconfiança. As partes começam a procurar aliados que corroborem seu ponto de vista. A esta altura há bloqueio completo da empatia e cada lado se fecha nas suas suposições e rigidez, sem perceber as outras circunstâncias, perspectivas ou pontos de vista. Daqui até os degraus seguintes o foco já deixou de ser o conteúdo inicial e fatos e o foco passa a ser a pessoa do outro. A pessoalização e personificação estão cristalizadas". Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-conflito-so-desce-ladeira-abaixo/1312820858> . Acessado em: 18/12/2024.

¹⁶ "Na tradição anglo-saxônica, a regra é pedir à parte contrária toda a documentação sobre determinado assunto ou entre determinadas datas, visando encontrar documentos comprometedores. Esta prática tem a desvantagem de trazer para o processo documentos com escassa relevância, sendo apelidada de fishing expedition". (Mariana França Gouveia, 2015:250). In: https://percursosideias.iscet.pt/wp-content/uploads/2022/03/PI_2016_N07_SOL4.pdf Acessado em: 18/12/2024.

como estratégia para obter informações que possam ser posteriormente utilizadas em procedimentos judiciais.

Esta prática não apenas viola os princípios fundamentais da mediação, como a confidencialidade e a boa-fé, mas também compromete a segurança jurídica das partes envolvidas.

Em casos em que o mediador percebe a negação sobre o fim do relacionamento, com expectativas irreais de reconciliação por uma das partes, a mediação também se mostra inadequada, sendo mais apropriada a terapia familiar ou individual.

Em todas estas situações, cabe ao mediador a responsabilidade de identificar precocemente estes indicadores e encerrar o processo da mediação, preservando a integridade do instituto e protegendo as partes de possíveis prejuízos futuros.

5. Conclusão

A análise desenvolvida ao longo deste trabalho demonstra que a mediação familiar, embora seja um valioso instrumento de resolução de conflitos, possui limitações e contraindicações bem definidas que precisam ser rigorosamente observadas para garantir sua eficácia e legitimidade.

O enquadramento jurídico robusto da mediação familiar em Portugal, fundamentado tanto na legislação nacional quanto nas diretrizes europeias, fornece uma base sólida para sua implementação. No entanto, este mesmo arcabouço legal estabelece limites claros para sua aplicação, reconhecendo que nem todos os conflitos familiares são passíveis de mediação.

No Brasil, a mediação familiar encontra respaldo na Lei 13.140/2015, que estabelece um marco legal similar ao português no que diz respeito aos princípios fundamentais e limitações do instituto. O sistema brasileiro também reconhece a importância de se observar contraindicações específicas em casos de violência doméstica e desequilíbrios de poder, demonstrando uma convergência com as

melhores práticas internacionais na proteção dos direitos das famílias e, especialmente, das crianças envolvidas nos conflitos.

Os princípios fundamentais da mediação, especialmente a igualdade e a voluntariedade, servem não apenas como diretrizes operacionais, mas também como critérios essenciais para avaliar a viabilidade do processo em cada caso concreto. A observância destes princípios é crucial para garantir que a mediação cumpra seu papel de facilitador do diálogo e não se torne um instrumento de perpetuação de desequilíbrios ou injustiças.

Particularmente relevante é a contraindicação absoluta da mediação em casos que envolvem violência doméstica, seja ela física ou psicológica, especialmente considerando o impacto sobre as crianças envolvidas. Da mesma forma, situações de alto conflito ou desequilíbrios significativos de poder entre as partes podem inviabilizar o processo de mediação, demandando o recurso a outras formas de resolução de conflitos.

O reconhecimento destas limitações não diminui a importância da mediação familiar; pelo contrário, reforça sua credibilidade como método adequado de resolução de conflitos quando apropriadamente aplicada. A identificação precisa das situações em que a mediação é contraindicada contribui para a preservação da integridade do instituto e para a proteção das partes envolvidas.

Cabe ressaltar também, que o sucesso da mediação familiar depende não apenas do respeito a seus princípios e limitações, mas também da capacidade do mediador em reconhecer quando o processo deve ser interrompido ou redirecionado para outras formas de intervenção. Esta consciência das limitações do instituto é tão importante quanto o domínio de suas técnicas e possibilidades.

Trata-se de um tema fascinante e com amplo campo de desenvolvimento técnico e emocional. Família é a base de toda e qualquer sociedade e ao nos abrímos para gerir, seja apenas naquele momento da mediação, de forma respeitosa e genuinamente presente, conseguimos despertar os envolvidos para possibilidades mais saudáveis e amorosas às soluções de conflitos.

Que a coragem de ser vulnerável seja companheira de todos que se dispõem a fazer algo diferente, e assim o mundo se transforma quando nós nos transformamos em primeiro lugar.

Referências Bibliográficas

AA. VV., *A Lei de Mediação de Conflitos – Estudos sobre a sua aplicação* (coord.Cátia Cebola), Coimbra, Almedina, 2023 (de acesso aberto).

COSTA, Alexandre A. *Cartografia dos métodos de composição de conflitos*. p. 161 a 201 In: AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. v. 3. Ed. Grupos de Pesquisa. Brasília, 2004. Disponível em: <https://arcos.org.br/content/files/2022/07/Estudos-em-Arbitragem--Media--o-e-Negocia--o3.pdf>.

CRUZ, Rossana Martingo, *Alguns desafios na prática da mediação familiar* p.166-189. In: RDFAS *Revista de Direito de Família e das Sucessões*, ano 3, vol.9, julho/setembro 2016. <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47384>.

CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*. Coimbra. Edições Almedina, S.A., 2018.

CRUZ, Rossana Martingo e CEBOLA, Cátia. *Legislação Resolução Alternativa de Litígios*. Gestlegal, 2021.

GOUVEIA, Mariana França, 2015:250. In: https://percursosideias.iscet.pt/wp-content/uploads/2022/03/PI_2016_N07_SOL4.pdf

LUCENA, Cristiana Alvares de Oliveira. Dissertação de Mestrado- *A Evolução da Mediação Familiar nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro*, 2019. Apud: GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios 3ª edição*. Coimbra. Edições

Almedina, S.A., 2018. P.28 e 29.
<https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/64047>.

OUABDELKADER, Luísa Minissa Mota, *O crime de violência doméstica conjugal e o exercício das responsabilidades parentais em Portugal: uma análise crítica à luz da Convenção de Istambul*, 2021.
<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/76463/1/Luisa%20Minissa%20Mota%20Ouabdelkader.pdf>.

SANI, Ana Isabel e CARDOSO, Diana. *A exposição da criança à violência interpARENTAL*, p.1-10. In: Julgar online, 2013. [https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/A-EXPOSICÃO-DA-CRIANÇA-À-VIOLENCIA-INTERPARENTAL-Ana-Sani-e-Diana-Cardoso.tif.pdf](https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/A-EXPOSICAO-DA-CRIANCA-A-VIOLENCIA-INTERPARENTAL-Ana-Sani-e-Diana-Cardoso.tif.pdf)

SANTOS, Margarida. *A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspetivas à luz da norma penal e da prática judiciária*.p.163- 169. In: *Dizer o direito: o papel dos tribunais no século XXI*.

<https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/download/30/71/830?inline=1>

<https://knowledge.wharton.upenn.edu/article/microsofts-ceo-on-how-empathy-sparks-innovation/>

DIRETRIZES ANTECIPADAS DA VONTADE POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA DO MÉDICO

Advance guidelines for children and adolescents and legal responsibility of the physician

Carlos Cristiano Meneghin de Oliveira¹

Universidade Santo Amaro

DOI: <https://doi.org/10.62140/CCMO5282025>

Sumário: 1. Introdução: diretrizes antecipadas de vontade e a autonomia das crianças e adolescentes; 2. A mudança de paradigma sobre crianças e adolescentes; 3. Crianças e adolescentes pela ótica médica.; 4. Diretrizes antecipadas de vontade para crianças e adolescentes. 5. Responsabilização jurídica dos médicos. 6. Considerações finais.

Resumo: O artigo aborda a evolução da legislação brasileira, destacando a Constituição de 1988, que elevou crianças e adolescentes ao status de sujeitos de direitos, enfatizando a dignidade, respeito e liberdade de escolhas. Esta liberdade deverá incidir em toda as relações, inclusive nas relacionadas com profissionais médicos. O reconhecimento como sujeito de direitos de crianças e adolescentes possui amparo na bioética, em especial no princípio da autonomia da vontade. Contudo, tratando-se de crianças e adolescentes que estão na fase paliativa de tratamentos médicos, o ordenamento jurídico não reconhece o direito da definição de diretrizes antecipadas de vontade por parte deste público, sendo contrária as normativas do Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e da Bioética. Neste mesmo sentido, é o julgado do Tema 1.069 analisado pelo Supremo

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Mestre profissional em Ciências, Tecnologia e Gestão Aplicadas à Regeneração Tecidual pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Mestrado acadêmico em Direito em andamento pela Universidade Santo Amaro (UNISA). Endereço eletrônico: carlos.cmeneghin@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0196-2044>.

Tribunal Federal. Em razão disto, a atuação do profissional médico acaba por sofrer um conflito ético e profissional. Isto porque, ao médico caberá atuar conforme as diretrizes o do Código de Ética Médica, que traz como norma de propedêutica a proibição de causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Contudo, ao profissional restará em uma incerteza pois, se respeitar a autonomia do paciente criança e adolescente ele desrespeitará a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Se não respeitar a autonomia a autonomia, acaba por ferir princípios da bioética, como também os princípios que regem o Código de Ética Médica. Portanto, este trabalho aborda a autonomia de crianças e adolescentes como sujeito de direitos, como detentores de autonomia e o direito de decisão da própria vontade, como também analisa a responsabilização do médico ante aos conflitos éticos e normativos ao se deparar com pacientes que se enquadrem no caso em concreto.

Palavras-chave: Criança e Adolescente; diretrizes antecipadas de vontade; autonomia; bioética; responsabilização jurídica.

Abstract: The article discusses the evolution of Brazilian legislation, highlighting the 1988 Constitution, which elevated children and adolescents to the status of subjects of rights, emphasizing dignity, respect and freedom of choice. This freedom should apply to all relationships, including those with medical professionals. The recognition of children and adolescents as subjects of rights is supported by bioethics, especially the principle of autonomy of will. However, in the case of children and adolescents who are in the palliative phase of medical treatment, the legal system does not recognize the right to define advance directives of will on the part of this public, which is contrary to the norms of the Federal Constitution, the Statute of the Child and Adolescent and Bioethics. In the same vein, the Supreme Court analyzed Theme 1.069. As a result of this conflict, the actions of medical professionals end up suffering an ethical and professional conflict. This is because it is the doctor's responsibility to act in accordance with the guidelines of the Code of Medical Ethics, which establishes the prohibition of causing harm to the patient, by action or omission, characterized as malpractice, imprudence or negligence. However, the professional will be left in an uncertain position, because if he respects the autonomy of the child and adolescent patient, he will be disrespecting the decision handed down by the Supreme Court. If they don't respect autonomy, they end up violating bioethical principles, as well as the principles governing the Code of Medical Ethics. Therefore, this work addresses the autonomy of children and adolescents as subjects of rights, as holders of autonomy and the right to decide their own will, as

well as analyzing the doctor's responsibility in the face of ethical and normative conflicts when faced with patients who fit the case in point

Keywords: *Children and adolescents; advance directives; autonomy; bioethics; legal accountability.*

1. INTRODUÇÃO: DIRETRIZES ANTECIPADAS DE VONTADE E A AUTONOMIA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou crianças e adolescentes a sujeitos de direitos, conforme o artigo 227, assegurando assim a sua dignidade, respeito e liberdade de escolhas. Este reconhecimento vai ao encontro dos princípios constitucionais, especialmente o artigo 1º, III, que preza pela dignidade da pessoa humana, devendo assim ser respeitadas as liberdades pessoais de crianças e adolescentes.

Entretanto, surgem questões complexas quando se trata do direito de crianças e adolescentes que envolvam o direito à saúde, em especial aquelas relacionadas a elaboração de diretrizes antecipadas de vontade no contexto de cuidados paliativos. Nesse cenário, há um conflito entre o desejo dos jovens de decidir sobre o tratamento e a busca dos responsáveis por garantir a cura, o que pode levar a consequências físicas e emocionais graves. E nesta dicotomia entre querer, a postura do médico será figura central, pois ele deve respeitar princípios de bioética em sua atuação. Respeitar a autonomia do adolescente será ofender as diretrizes do Conselho Federal de Medicina, que, por meio de pareceres, estabelece a capacidade civil para a tomada de decisões apenas a partir dos 18 anos, como também o art. 1.860 do Código Civil, que possui uma regra específica da impossibilidade de testar por partes dos incapazes, liberado apenas a partir dos maiores de dezesseis anos, ou seja, os relativamente incapazes.

Esse dilema jurídico coloca o médico em uma posição difícil, pois, ao considerar ou não as diretrizes antecipadas de vontade dos pacientes dos infantes, ele

pode ser responsabilizado, seja por ofensa ao princípio da autonomia, um dos pilares da bioética, ao não respeitar os direitos de crianças e adolescentes, seja por infringir normas éticas do Conselho Federal de Medicina.

Um caminho hermenêutico essencial para compreensão diz respeito ao tema 1.069² julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 25/09/2024, que discorreu sobre a recusa de tratamento médico em razão de liberdade religiosa. De forma tangente, ficou estipulado que no contexto do tratamento de crianças e adolescentes, deve sempre prevalecer o princípio do melhor interesse para a saúde e o bem-estar deles, não pode justificar a recusa ou interrupção do tratamento médico de filhos menores de idade. Contudo, a decisão pode ser considerada retrógrada, seja pelo fato de crianças e adolescentes terem a própria autonomia, como também participarem de suas decisões, conforme normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente³

Portanto, este estudo busca analisar as consequências legais da elaboração de testamentos vitais por crianças e adolescentes em cuidados paliativos, abordando as implicações jurídicas tanto para o médico quanto para as partes envolvidas.

2. A mudança de paradigma sobre crianças e adolescentes

² Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, com base nos julgamentos dos Recursos Extraordinários (RE) 979742 e 1212272, de relatoria dos ministros Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes, respectivamente, e que deram origem ao Tema 1.069: “1. *É permitido ao paciente, no gozo pleno de sua capacidade civil, recusar-se a se submeter a tratamento de saúde, por motivos religiosos. A recusa a tratamento de saúde, por razões religiosas, é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente, inclusive, quando veiculada por meio de diretivas antecipadas de vontade. 2. É possível a realização de procedimento médico, disponibilizado a todos pelo sistema público de saúde, com a interdição da realização de transfusão sanguínea ou outra medida excepcional, caso haja viabilidade técnico-científica de sucesso, anuência da equipe médica com a sua realização e decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente*”. Para tanto, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário Virtual). **Recurso Extraordinário RE 1212272/AL**. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, inciso III; 5º, caput e incisos II, VI e VIII; e 196 da Constituição Federal, o direito de autodeterminação dos testemunhas de Jeová de submeter-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa. Recorrente: Malvina Lúcia Vicente da Silva. Recorrido: Município de Macció. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 24 de setembro de 2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5703626>>. Acesso em 20 nov 2024.

³ Neste sentido, crianças e adolescentes podem e devem ser escutadas em situações como colocação em família substituta, como também em situação de privação de liberdade, além de ser um princípio de prevenção especial, conforme diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente. BRASIL. **Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 20 nov 2024.

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, além do caráter democrático, trouxe em seu bojo normas principiológicas sobre temas afetos a vida privada do indivíduo, na busca de uma tutela adequada para a pessoa. No âmbito das crianças e adolescentes, este público-alvo que, até então era considerado como objetos de tutela, passou a ser considerados como sujeitos de direitos, aplicando-se assim a doutrina da proteção integral.

Isto porque o artigo 227 da CRFB traz para a família, da sociedade e do Estado várias obrigações, como garantir, com absoluta prioridade, a proteção ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Esta decisão do constituinte em garantir a dignidade para crianças e adolescentes, vai ao encontro a um dos fundamentos da nova ordem constitucional brasileira, em consonância com o art. 1º, III, da nossa Carta Constitucional, como também

A elevação de crianças e adolescentes ao patamar de sujeitos de direito na Constituição da República Federativa do Brasil, garante a este público, o direito de ser ouvido e decidir por suas escolhas, sendo um reflexo do movimento internacional para a transação normativa, em especial pós 2ª guerra mundial, como também Convenção nº. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dando origem a Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente⁴.

Isto se refletiu no âmbito interno, uma vez que antes do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, vigorava o Código de Menores de 1979 (Lei 6697/1979,

⁴ HIROMOTO, Carolina Magnani. FERREIRA, Eduardo Dias de Souza. **Convenções de Direitos Humanos sobre Direitos das Crianças.** Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/517/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-das-criancas>>. Acesso em 23 nov 2024.

que fora revogada pelo ECA), onde este público era mero objetos a serem tutelados, e não sujeitos de direitos próprios⁵.

Com esta mudança de paradigma de objeto de direito para sujeito de direitos, crianças e adolescentes passam a ter suas vontades e desafios a serem considerados por todos, sendo considerado como uma liberdade de pensamento e expressão⁶.

Contudo, este direito não é efetivado de forma plena. O Código Civil⁷ considera como incapaz crianças e adolescente, uma vez que o critério sobre capacidade civil é meramente o etário, o que se mostra um descompasso com a realidade fática. Isto porque o referido critério reconhece que a capacidade se dá por uma fixação legal, sem considerar a participação de crianças e adolescentes, o que demonstra ser um critério vago, sob a alegação que o critério etário visa resguardar necessariamente os negócios jurídicos, e não buscar efetivar os direitos dos adolescentes⁸.

Este pensamento, baseado em critérios meramente etários, foi o mesmo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema 1069, onde de forma reflexa, decidiu que a recusa a tratamento de saúde, por motivos religiosos, é condicionada à decisão inequívoca, livre, informada e esclarecida do paciente; ao não envolvimento de crianças, adolescentes ou incapazes; e à ausência de risco à saúde pública e à coletividade.

⁵ LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado**. Barueri: Minha Editora, 2011. p. 10-12.

⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45-46.

⁷ Neste sentido, temos o caput do art. 3º que menciona que “*são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos*”. Esta escolha do legislador em fixar a capacidade pelo critério temporal é contrária as próprias diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁸ AGUIAR, Mônica. BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. **Revista Brasileira De Direito Animal**, Salvador, v.12, n. 02, p. 20-23, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/rbda.v12i02.22942>>. Acesso em 24 nov 2024.

Ao se utilizar de critérios meramente etários, e não condicionados a ontologia do indivíduo, acaba por refletir um engessamento de pensamento do legislador, como também da própria sociedade. Não se busca efetivar o princípio do melhor interesse, corolário do Estatuto da Criança e do Adolescente e que preza pela efetivação dos sujeitos de direitos, mas sim uma regressão ao controle como se fosse algo a ser meramente tutelado⁹.

3. Crianças e adolescentes pela ótica médica.

No Brasil, os médicos são vinculados ao Conselho Federal de Medicina, autarquia dotada de personalidade jurídica de direito público¹⁰. Deste modo, caberá aos profissionais da saúde obedecerem às normas principiológicas e de propedêuticas que a referida autarquia edita, para fins de uma atuação profissional dentro dos preceitos éticos¹¹.

No âmbito do Conselho Federal de Medicina, quando a instituição editou normativas visando balizar a atuação do médico, decidiu por meio de suas resoluções que crianças e adolescentes não são sujeitos de direitos, mas sim como mero objetos a serem tutelados pelos seus genitores ou guardiões. Isto porque as normativas do Conselho visam seguem o posicionamento do Código Civil e, deste modo, é reconhecido como crianças e adolescentes como incapazes ou relativamente incapazes, e não como sujeitos aptos a opinarem sobre o tratamento médico.

⁹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27-28.

¹⁰ MENEGUINI, Carlos Cristiano Brito; NICODEMO, Denise; FERREIRA, Lydia Masako. **Manual sobre responsabilidade jurídica do cirurgião plástico**. Curitiba: CRV, 2020. P. 64.

¹¹ Ibidem.

Ao referendar o Parecer do CREMEB nº 20/18¹², aprovado em Sessão Plenária de 27/09/2018, que ao analisar a Resolução 1995/2002 CFM¹³, considera que a capacidade civil do paciente deverá ser aquela prevista no Código Civil, ou seja, apenas para os maiores de 18 (dezoito) anos.

A decisão do Conselho Federal de Medicina em se utilizar o critério etário e não como o próprio indivíduo traz como consequência uma ofensa ao princípio da autonomia da bioética. A bioética, termo cunhado em 1971 e foi conceituada como a ciência da sobrevivência, pois engloba conhecimento biológico e valores humanos¹⁴. Hoje, a bioética por ser uma ciência multidisciplinar, possui como método próprio os mais diversos métodos científicos ante a sua especificidade¹⁵.

O referido princípio da autonomia é considerado como o autogoverno livre tanto da interferência controladora de outros como de limitações¹⁶. Na prática, as normativas do Conselho Federal de Medicina ferem o princípio normativo da bioética, pois não garante a autonomia por parte deste público. Assim, ao não reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, mas meramente objetos,

¹² _____. **Parecer CREMEB nº. 20/18**. Para conferir eficácia legal na aplicação das Diretrizes Antecipadas de Vontade (Testamento Vital-Resolução CFM 1.995/2012), faz-se necessário: que o instrumento seja elaborado por pessoas que estejam em condições clínicas para tomar decisões por si própria segundo critérios da lei civil (maiores de 18 anos com discernimento mental preservado) e que não estejam alteradas por questões psíquicas; que sua vigência seja por prazo indeterminado, mas assegurado que possa ser revogado a qualquer tempo; que possa ser esclarecido por médico assistente quanto a questões técnicas referentes aos procedimentos que serão vedados ou serão permitidos (excluído a eutanásia); limitando-se a sua aplicação à hipótese de ser acometido por doença grave incurável com desfecho inevitável e esteja em situação na qual não possa mais comunicar sua vontade; que o documento final seja anexado ao respectivo prontuário; é recomendável que seja feita lavratura de escritura pública em um Cartório de Notas; e também é recomendável divulgar o conteúdo entre parentes e amigos próximos do paciente logo após sua conclusão, para evitar questionamentos quando da sua aplicação. Salvador: 2018. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2018/20>>. Acesso em 26 nov 2024.

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução no 1.995, de 9 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: 2012. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em 26 nov. 2024.

¹⁴ POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: ponte para o futuro**; tradução de Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 27.

¹⁵ FURST, HENDERSON. **Teoria do Biodireito**. Belo Horizonte: Letramento, 2023. p. 102.

¹⁶ BEACHUMP, Tom I.; CHILDRESS, James F. **Principles of Biomedical Ethics**. 15 ed. Oxford: University Press, 2001.

além de ofender a autonomia do indivíduo, suas normas demonstram estar em descompasso com a legislação infanto juvenil.

4. Diretrizes antecipadas de vontade para crianças e adolescentes

Por diretrizes antecipadas de vontade, compreende-se o documento ou um conjunto de documentos relacionados a manifestação de vontade em relação aos cuidados de vida em caso de perda de consciência ou a capacidade, visando respeitar a autonomia do indivíduo sobre quais cuidados médicos e saúde deverão incidir em seu corpo¹⁷.

O referido documento pode ser considerado como uma verdadeira expressão do princípio da autonomia, norma principiológica da bioética, uma vez que ele oferece ao paciente a possibilidade de autodeterminação no processo de tomada de decisão em relação ao próprio corpo, sendo considerado como um verdadeiro testamento¹⁸,

Em razão de sua natureza jurídica, o referido documento busca suas origens no próprio instituto do testamento, que é previsto no art. 1.860 do Código Civil. A referida norma veta que pessoas incapazes estejam aptas a testarem, sendo possível apenas aos maiores de dezesseis anos, ou seja, os relativamente incapazes.

Ao discorrer sobre a legitimidade ativa para testar, a norma acaba por proibir que menores de dezesseis anos sejam aptos a realizem suas diretrizes antecipadas de vontade. Isto se dá pois entende o legislador que esta legitimidade para testar precisaria ter um mínimo de discernimento, contudo, levou em consideração apenas o critério etário como se a idade fosse elemento suficiente para criar tal discernimento,

¹⁷ MURASSE, Luisa Saemi; RIBEIRO, Uíara Raiana Vargas de Castro Oliveira. Diretivas antecipadas de vontade: conhecimento e utilização por médicos residentes. **Revista Bioética**, v. 30, n. 3, p. 598–609, jul. 2022.

¹⁸ ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. **Revista HCPA**, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

e não o sujeito em si. Por estas premissas, crianças e adolescentes menores de quatorze anos não poderiam realizar diretrizes antecipadas de vontade em caso de doenças graves ou em situações de tratamentos paliativos.

Já no âmbito normativo do Conselho Federal de Medicina, entende a autarquia que a capacidade para elaborar as diretrizes antecipadas de vontade é mais estrita do que aquela elaborada pelo Código Civil. Isto porque o Parecer CREMEB nº. 20/2018 prevê que o instrumento seja elaborado por pessoas que estejam em condições clínicas para tomar decisões por si própria segundo critérios da lei civil, ou seja, maiores de 18 anos com discernimento mental preservado, e que não estejam alteradas por questões psíquicas.

Os posicionamentos, tanto do Código Civil, quanto do Conselho Federal de Medicina, podem ser considerados como retrógrados, uma vez que não respeitam a legislação que abarca a proteção as crianças e adolescentes, ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Inclusive, ao não reconhecer o direito da participação e da autonomia dos pacientes, foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, de modo reflexo, perante o Tema 1.690, conforme já explanado anteriormente.

As normativas e a decisão anterior ignoram que o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê como uma obrigação da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação da saúde deste público. Em busca do melhor interesse, o Estado acaba por transmutar eventual proteção ao sujeito, transformando-o em mero objeto, o que para a doutrina, acaba sendo um verdadeiro “cavalo de troia”¹⁹.

Por fim, crianças e adolescentes tem a obrigação de serem ouvidos, sendo que sua oitiva é considerada como um princípio esculpido no Estatuto da Criança e

¹⁹ SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. Afinal, o que devemos entender por prioridade absoluta? **Migalhas Infância e Juventude**. São Paulo, 16 fev 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-infancia-e-juventude/340344/afinal-o-que-devemos-entender-por-prioridade-absoluta>>. Acesso em 05 dez 2024.

do Adolescente. As normativas expostas vão de encontro com o que a doutrina da proteção integral preconiza em favor deste público alvo.

5. A responsabilização jurídica dos médicos

A atuação dos profissionais médicos deve ser pautada na ética e dentro da medicina baseada em evidência, sendo norma principiológica do Código de Ética Médica, conforme Resolução 2217 de 2018²⁰. No atendimento de crianças e adolescentes, a conduta necessita resguardar a autonomia do paciente, que deve ser sopesada conjuntamente com os pais ou guardiões legais, respeitando a integridade física e mental dos infantes.

Tratando-se de elaboração de diretrizes antecipadas de vontade em caso de tratamentos paliativos, caberá ao médico analisar a melhor decisão dos pacientes, respeitando a autonomia de crianças e adolescentes.

O anseio dos genitores aos melhores tratamentos aos filhos, por mais lógico que possa parecer em relações de afetividade, precisa respeitar as condições peculiares das crianças e adolescentes, uma vez que são nestes que irão recair toda carga física e emocional dos tratamentos. Eventual busca de tratamentos sem amparo científicos ou até mesmo considerados como tratamentos de distanásia, ou seja, tratamento fútil e sem perspectiva de melhora²¹.

Há outro elemento: a atuação do médico que está a par da situação. Em caso de acolhimento do respeito as diretrizes antecipadas de vontade da criança e do adolescente, incorrerá em eventual responsabilização perante o Conselho Federal de Medicina, uma vez que o referido Conselho não reconhece a autonomia plena do

²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018.** Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil/D.O.U., Brasília, 01 nov. 2018. Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em 05 dez 2024.

²¹ BIONDO, Chaiane Amorim.; SILVA, Maria Julia Paes da.; DEL SECCO, Lígia Maria. Dysthanasia, euthanasia, orthotanasia: the perceptions of nurses working in intensive care units and care implications. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, v. 17, n. 5, p. 613–619, set. 2009.

paciente que é considerado como incapaz ou relativamente incapaz, conforme normas do Código Civil.

Diametralmente, em caso de não referendar as diretrizes antecipadas de vontade de crianças e adolescentes, pode-se questionar eventual negligência por parte do profissional, inclusive por ofensas aos princípios da bioética, em especial ao da autonomia, por não respeitar a própria autonomia dos pacientes, mesmo com tenra idade. Destaca-se que o próprio Código de Ética Médica leciona em seu art. 1º que é vedado ao médico causar dano ao paciente por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência, sendo pessoal e não presumível. Há, portanto, um limbo jurídico para este profissional, uma vez que ao se deparar com pacientes que são reconhecidos como sujeitos de direitos, a vontade destes deverá ser levada em consideração, conforme preconiza a principiologia do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante também respeitar o que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema 1.069, reconheceu de forma reflexa a impossibilidade de se recusar ou interromper o tratamento médico de crianças e adolescentes. Tal decisão, de caráter geral e vinculante, pode ser considerada teratológica, seja por ofensa ao princípio da autonomia, seja por ofensa as normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. Considerações Finais

Em conclusão, o respeito a autonomia de crianças e adolescentes em elaborarem diretrizes antecipadas de vontade é importante no reconhecimento como sujeitos de direitos. Esta autonomia deve ser respeitada por todos os participantes da sociedade, como pais, família e comunidade, inclusive por parte dos médicos quando se depararem com pacientes em situação de terminalidade ou paliatividade. Esta escolha pode parecer a mais sensata, contudo, ela é contrária a normativa do Conselho

Federal de Medicina e contrária também a decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Recurso Extraordinário 1212272/AL, que não reconheceu a autonomia de crianças e adolescentes ao recusarem a transfusão de sangue. Por fim, em caso de acolhimento do desejo de crianças e adolescentes, caberá ao médico relatar de forma adequada, juntamente com os familiares, para que estejam cientes da escolha do paciente, como também que se ocorra de forma adequada, evitando-se qualquer atuação médica que dê ensejo a distanásia por parte dos profissionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUIAR, Mônica. BARBOZA, Amanda Souza. Autonomia bioética de crianças e adolescentes e o processo de assentimento livre e esclarecido. *Revista Brasileira De Direito Animal*, Salvador, v.12, n. 02, p. 20-23, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.9771/rbda.v12i02.22942>>. Acesso em 24 nov 2024.

ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. *Revista HCPA*, v. 32, n. 3, p. 358-362, 2012.

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 45-46.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27-28.

BEACHUMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 15 ed. Oxford: University Press, 2001.

BIONDO, Chaiane Amorim.; SILVA, Maria Julia Paes da.; DEL SECCO, Lígia Maria. Dysthanasia, euthanasia, orthotanasia: the perceptions of nurses working in intensive care units and care implications. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 17, n. 5, p. 613–619, set. 2009.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, 10 jan de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>.

BRASIL. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>.

BRASIL. Lei nº. 10.406, 10.de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário Virtual). Recurso Extraordinário RE 1212272/AL. Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 1º, inciso III; 5º, caput e incisos II, VI e VIII; e 196 da Constituição Federal, o direito de autodeterminação dos testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa. Recorrente: Malvina Lúcia Vicente da Silva. Recorrido: Município de Maceió. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 24 de setembro de 2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5703626>>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Parecer CREMEB nº. 20/18. Para conferir eficácia legal na aplicação das Diretrizes Antecipadas de Vontade (Testamento Vital-Resolução CFM 1.995/2012), faz-se necessário: que o instrumento seja elaborado por pessoas que estejam em condições clínicas para tomar decisões por si própria segundo critérios da lei civil (maiores de 18 anos com discernimento mental preservado) e que não estejam alteradas por questões psíquicas; que sua vigência seja por prazo indeterminado, mas assegurado que possa ser revogado a qualquer tempo; que possa ser esclarecido por médico assistente quanto a questões técnicas referentes aos procedimentos que serão vedados ou serão permitidos (excluído a eutanásia); limitando-se a sua aplicação à hipótese de ser acometido por doença grave incurável com desfecho inevitável e esteja em situação na qual não possa mais comunicar sua vontade; que o documento final seja

anexado ao respectivo prontuário; é recomendável que seja feita lavratura de escritura pública em um Cartório de Notas; e também é recomendável divulgar o conteúdo entre parentes e amigos próximos do paciente logo após sua conclusão, para evitar questionamentos quando da sua aplicação. Salvador: 2018. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BA/2018/20>>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 01 nov. 2018.

Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução no 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: 2012.

Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>.

FURST, HENDERSON. Teoria do Biodireito. Belo Horizonte: Letramento, 2023. p. 102.

HIROMOTO, Carolina Magnani. FERREIRA, Eduardo Dias de Souza.

Convenções de Direitos Humanos sobre Direitos das Crianças. Disponível em: <

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/517/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-das-criancas>>. Acesso em 23 nov 2024.

LAMENZA, Francismar. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado. Barueri: Minha Editora, 2011. p. 10-12.

MENEGUINI, Carlos Cristiano Brito; NICODEMO, Denise; FERREIRA, Lydia Masako. Manual sobre responsabilidade jurídica do cirurgião plástico. Curitiba: CRV, 2020. P. 64.

MURASSE, Luisa Saemi; RIBEIRO, Uiara Raiana Vargas de Castro Oliveira.

Diretivas antecipadas de vontade: conhecimento e utilização por médicos residentes. Revista Bioética, v. 30, n. 3, p. 598–609, jul. 2022.

POTTER, Van Rensselaer. Bioética: ponte para o futuro; tradução de Diego Carlos Zanella. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 27.

SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. Afinal, o que devemos entender por prioridade absoluta? Migalhas Infância e Juventude. São Paulo, 16 fev 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-infancia-e-juventude/340344/afinal-o-que-devemos-entender-por-prioridade-absoluta>>.

ACESSO À JUSTIÇA E OS JUIZADOS ESPECIAIS NO BRASIL

Carlos Felipe Lopes Marinho Aires ¹

Universidade Lusófona do Porto

Fábio da Silva Veiga²

Universidade Lusófona do Porto

DOI: <https://doi.org/10.62140/CAFV5442025>

Sumário: Introdução; 1. Cidadania e Direitos humanos; 2. Cidadania e direito humanos em Contexto Internacional; 3. Acesso à Justiça 4. Juizados Especiais no Brasil; Considerações Finais. Referências

Resumo: A pesquisa aborda o acesso à justiça a partir da dignidade da pessoa humana, princípio essencial para a cidadania e os direitos humanos. Historicamente, a cidadania evoluiu de um privilégio restrito a um instrumento de inclusão social. O Estado tem papel central na garantia dos direitos fundamentais, como expresso na Constituição de 1988. O acesso à justiça assegura a efetividade desses direitos, independentemente da condição econômica. No Brasil, os Juizados Especiais foram um avanço na democratização da justiça, mas atualmente apresentam falhas na garantia desses mesmos direitos. Assim, a interação entre cidadania, direitos humanos e justiça é essencial para a igualdade social. O estudo busca aprofundar esse entendimento. Palavras-chave: Acesso à Justiça, Cidadania, Direitos Humanos, Juizados Especiais.

Abstract: The research addresses access to justice based on human dignity, a fundamental principle essential to citizenship and human rights. Historically, citizenship has evolved from a restricted privilege to an instrument of social inclusion. The State plays a central role in ensuring fundamental rights, as established in the

¹ Mestrando em Direito, Ciências Jurídico-Empresariais, Universidade Lusófona do Porto. E-mail: aires.felipeadv@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3154-4548>

² Professor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona, Portugal, nos 1º, 2º e 3º Ciclos em Direito (Licenciatura, Mestrado e Doutoramento). Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR. E-mail: fabio.veiga@ulusofona.pt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9986-7813>

1988 Federal Constitution. Access to justice guarantees the enforcement of these rights, regardless of economic status. In Brazil, the Small Claims Courts were an advancement in the democratization of justice but currently exhibit shortcomings in safeguarding rights. Thus, the interaction between citizenship, human rights, and justice is essential for social equality. This study aims to deepen the understanding of these concepts: Access to Justice, Citizenship, Human Rights, Juizados Especiais.

Introdução

No âmbito do acesso à justiça, iniciamos a pesquisa com a dignidade da pessoa humana, entendida como um princípio fundamental que orienta tanto o ordenamento jurídico quanto a organização social. Esse conceito está ligado à liberdade, à igualdade e à justiça, sendo essencial para a estrutura da cidadania e dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana assegura que todos os indivíduos nasçam livres e iguais em direitos, promovendo a plena realização da justiça social.

A evolução histórica da cidadania revela como esse conceito se expandiu ao longo do tempo, deixando de ser um privilégio restrito a determinados grupos para se tornar um instrumento de inclusão e igualdade. Nos capítulos seguintes, demonstraremos como, inicialmente, a cidadania estava vinculada à condição de habitantes das cidades, sendo um direito exclusivo de poucos e limitado a aspectos políticos. No entanto, ao longo dos séculos, movimentos sociais e revoluções foram responsáveis pela ampliação desse conceito, incorporando direitos civis, sociais e econômicos e fortalecendo a participação cidadã na sociedade.

O papel do Estado na garantia dos direitos fundamentais é essencial para a consolidação da cidadania. A Constituição Federal Brasileira de 1988 refletiu esse compromisso ao estabelecer que os direitos fundamentais são assegurados não apenas aos cidadãos, mas também aos estrangeiros residentes no país. Dessa forma, a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico conferiu à cidadania um caráter universal, demonstrando que a dignidade humana transcende fronteiras nacionais. E, portanto, pretendemos ampliar o entendimento do conceito de

cidadania para além da nacionalidade, tornando-a um instrumento de proteção jurídica e social.

O acesso à justiça se apresenta como um dos pressupostos fundamentais para garantir a efetividade dos direitos e da cidadania. A previsão constitucional desse princípio assegura que todos os indivíduos possam recorrer ao sistema judiciário para proteger seus direitos, independentemente de sua condição econômica.

No Brasil, os Juizados Especiais foram criados como uma forma de democratização do acesso à justiça, permitindo a resolução de conflitos de menor complexidade de maneira mais célere e desburocratizada. Inspirados em modelos internacionais, esses juizados desempenham um papel fundamental na garantia da cidadania e na efetivação dos direitos fundamentais.

Diante desse panorama, a interação entre cidadania, direitos humanos e acesso à justiça revela-se essencial para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, o que se fundamenta o presente artigo na compreensão dos supramencionados institutos.

1. Cidadania e Direitos humanos

A dignidade da pessoa humana está vinculada à liberdade, igualdade e justiça, garantindo que todos nascem livres e com os mesmos direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir com fraternidade. Esse princípio é essencial para a estrutura social, pois sem ele sua justificativa seria inviável. A dignidade reflete valor próprio e respeito, embora sua definição seja complexa. Fundamenta-se em três premissas: a individualidade e os direitos inerentes à personalidade; a inserção social e os direitos desta advindos; e o aspecto econômico, que assegura meios de subsistência. Assim, a dignidade está ligada aos direitos fundamentais, pois não pode existir sem condições mínimas para o pleno desenvolvimento humano (Miranda, 2008; p. 224).

A cidadania surgiu com o Estado-Nação democrático, baseada em respeito, liberdade e igualdade, sendo conquistada historicamente. Inicialmente, era restrita aos

habitantes das cidades, que tinham privilégios sobre estrangeiros mediante deveres militares e outras obrigações (Miranda, 2008; p. 224). Com o tempo, passou a incluir a participação política, mas inicialmente limitada a poucos, excluindo mulheres, crianças e escravizados.

Seu conceito evoluiu como instrumento de reivindicação social, impulsionado por revoluções que fortaleceram a igualdade. Posteriormente, ampliou-se para englobar direitos civis, como vida e liberdade, e sociais, como educação e moradia. Hoje, a cidadania envolve direitos e deveres garantidos pelo Estado Democrático de Direito, assegurando dignidade e promovendo igualdade social e econômica (Miranda, 2008; p. 224)

O Estado tem o papel de garantir os direitos fundamentais e criar condições para seu exercício, acompanhando as mudanças sociais e ampliando o conceito de cidadania. Em seu sentido restrito, cidadania refere-se à nacionalidade e ao exercício de direitos políticos. Em sentido amplo, resultado de lutas sociais, abrange direitos individuais e sociais ligados à dignidade humana (Miranda, 2008; p. 224).

Com a incorporação dos direitos humanos, a cidadania adquiriu um caráter universal, aplicando-se a todos os indivíduos, pois a dignidade humana transcende fronteiras nacionais. A Constituição Federal de 1988 reflete essa perspectiva ao assegurar direitos fundamentais não apenas aos brasileiros, mas também aos estrangeiros residentes no país. Nesse sentido, o conceito tradicional de cidadania, originado da ciência política, não abarca plenamente a proteção jurídica à dignidade humana garantida pelo ordenamento brasileiro, independentemente da nacionalidade (Miranda, 2008; p. 224).

Contudo, para tal, observamos a importância do instituto da cidadania, a qual segundo Marshall, abrangia todos os membros de uma comunidade, que passavam a incorporar os direitos e deveres inerentes à condição de cidadão. Contudo, à medida que o capitalismo ampliava as disparidades entre os indivíduos, também crescia a luta pela igualdade de direitos entre as diferentes classes sociais. Esse ideal seria alcançado quando garantidos os direitos civis, políticos e sociais,

permitindo que todos se tornassem plenamente integrantes da sociedade a que pertenciam (Mendes, 2005, p. 14).

Ademais, segundo José Murilo de Carvalho, não havia uma ligação entre cidadania e a concepção de igualdade de todos diante da lei, a cidadania era apenas uma ferramenta de influência pessoal, e não elemento primordial para assegurar direitos civis. Isso ocorre devido à nossa origem ibérica, marcada por uma tradição em que os direitos não eram conquistados pela população, mas sim concedidos pela realeza. A primeira constituição do Brasil como nação independente ainda ilustrava que todos os cidadãos qualificados teriam direito a voto, ao passo que as mulheres não votavam e os escravos nem cidadãos eram considerados. As conquistas brasileiras ganharam força na luta pela redemocratização do país em tempos de regime militar, finalizado em 1985, e por fim, adotando nova Carta Magna em 1988 (Carvalho, 2021; p.37).

Ao longo da década de 80, a sociedade brasileira vivenciou um notório processo de transição do regime autoritário para o democrático, sendo a promulgação da Constituição Federal de 1988 o maior evento para a devida configuração de um Estado Democrático de Direito. Tal transição se distinguiu pela inserção, na ordem política e jurídica nacional, de uma extensa pauta de direitos fundamentais, abarcando as esferas civil, política e social.

2. Cidadania e direito humanos em contexto internacional

O Princípio 1 da Declaração de Estocolmo das Nações Unidas de 1972 reconhece o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições de vida dignas em um ambiente saudável, impondo também o dever de proteção ambiental para as gerações futuras. Esse princípio sintetiza a essência dos direitos humanos (Halstead, 2014; p. 2).

A liberdade nesse contexto refere-se aos direitos civis e políticos da primeira geração, positivados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na

Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950. Já a igualdade, especialmente no pós-Segunda Guerra Mundial, prioriza os direitos coletivos dos povos, contrapondo-se à visão estritamente individualista (Halstead, 2014; p. 2).

Os direitos civis e políticos garantem liberdades individuais, como pensamento, religião, associação e devido processo legal, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais abrangem acesso a serviços essenciais, como saúde, educação e segurança social. Embora tradicionalmente diferenciados, esses direitos não se excluem. Em Estados de bem-estar social, como o Reino Unido, ambos são protegidos de forma integrada, ainda que condicionados a restrições econômicas (Halstead, 2014, p. 2).

O Reino Unido, apesar de sua tradição constitucional estável, possui uma concepção frágil de cidadania e uma definição imprecisa de nacionalidade. A coexistência dos critérios de *jus soli* e *jus sanguinis* reflete sua evolução histórica, desde sua consolidação como potência até sua projeção imperial (Cesarani, 1996; p. 5).

Na França, a cidadania moderna incluiu aqueles que aceitassem os princípios da Revolução e a cultura nacional. O reconhecimento dos filhos de imigrantes como cidadãos, desde que educados nos valores franceses, reforça a ideia de nação como se fosse um plebiscito diário, nas palavras contidas na obra de Cesarani & Fulbrook. Contudo, o exercício da diversidade cultural pelos imigrantes tem levado a reavaliações sobre a relação entre cidadania e identidade étnica (1996, p. 5).

Já na Alemanha, a cidadania, esteve atrelada a um conceito étnico, sendo transmitida exclusivamente pelo *jus sanguinis*. Esse modelo resultou da trajetória histórica alemã, mas, nas últimas décadas, a imigração e mudanças sociais têm desafiado essa concepção, levando à reconsideração do vínculo entre cidadania e etnicidade (Cesarani, 1996; p. 5).

A Itália, por sua vez, consolidou-se historicamente como nação, mas possui um Estado relativamente recente. Até pouco tempo, não era um destino tradicional de imigração. O aumento do fluxo migratório tem exposto concepções implícitas

sobre identidade nacional, e as tentativas de adaptação da cidadania enfrentam desafios impostos pelos novos fluxos migratórios globais (Cesarani, 199; p-5).

As sociedades possuem noções de pertencimento e exclusão, distinguindo entre "nós" e "outros", "civilizados" e "bárbaros". Historicamente, as identidades foram construídas a partir de atributos imaginados, como mitos de ascendência comum, herança de sangue, tradições tribais, costumes e crenças. Com o surgimento dos Estados-nação entre os séculos XVIII e XX, novas formas de identidade passaram a se sobrepor ao parentesco, baseando-se em ideais comuns e no direito de residência no país de nascimento. Diante dessa transformação, historiadores e cientistas sociais têm se dedicado à definição do conceito de identidade nacional na era moderna (Cesarani, 1996; p.1).

3. Acesso à Justiça

O princípio do acesso à justiça está fundamentado na necessidade de garantir a tutela efetiva dos direitos, assegurando que nenhuma pessoa seja impedida de recorrer aos tribunais para reivindicar sua proteção jurídica, especialmente por falta de recursos financeiros. Esse princípio decorre da universalidade da justiça e da igualdade da dignidade humana, conforme, por exemplo, o estabelecido no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (Brito, 2021).

Embora o acesso à justiça não implique necessariamente a gratuidade dos processos, o Estado deve garantir um sistema de apoio judiciário, permitindo que aqueles sem recursos possam exercer seus direitos. Em Portugal, o artigo 20.º da CRP consagra esse princípio, proibindo a negação de justiça por insuficiência econômica. Além do patrocínio judiciário gratuito, o conceito de acesso ao direito é mais abrangente, incluindo a consulta jurídica, que permite o esclarecimento técnico e medidas extrajudiciais essenciais para prevenir litígios (Brito, 2021).

O direito é uma área complexa, e a presença de um advogado se torna essencial para a efetiva defesa dos interesses dos cidadãos, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade. Sem um sistema público de apoio judiciário, o acesso à

justiça estaria comprometido, tornando ineficaz a igualdade de direitos. Assim, o princípio do acesso à justiça não se limita ao ingresso em juízo, mas envolve toda a assistência jurídica necessária para que os indivíduos possam exercer plenamente seus direitos e garantias fundamentais (Brito, 2021).

Conforme ressalta Paulo de Brito, o direito de acesso à justiça constitui um fundamento da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tornando-se essencial a implementação e o incentivo a mecanismos como a mediação e a arbitragem. Esses instrumentos seriam fundamentais para assegurar um sistema jurídico acessível, eficiente e capaz de proporcionar soluções equitativas aos indivíduos (2021).

A carta magna em vigência no Brasil aduz de forma expressa quanto a garantia constitucional do cidadão no tocante ao acesso à Justiça, previsto no parágrafo XXXV do artigo 5º, o qual atenta sobre a nossa proteção a eventuais lesões ou ameaça a direito.

No intento de consagrar valores democráticos e promover a cidadania, emergiu a criação dos Juizados Especiais, destinados à gestão de conflitos de natureza cível concernente até determinados montantes, e aos delitos de menor potencial ofensivo (Lima, 2003; p. 31).

4. Juizados Especiais no Brasil

A implementação do Juizado Especial Cível no Brasil não constituiu uma iniciativa exclusiva de nossa governança nacional. Sua concepção fundamentou-se em modelos bem-sucedidos adotados por nações regidas pela *Common Law*, onde a ênfase na resolução de questões judiciais era percebida desde o princípio por meio de uma audiência *summons for directions* (Figueira, 2015).

O Estado brasileiro do Rio Grande do Sul desempenhou um papel pioneiro nessa matéria, iniciando em 1982 a propagação dos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, que se disseminaram por todo o território brasileiro (Figueira, 2015).

A promulgação da Lei nº 7.244, de 1984, formalizou a criação dos Juizados de Pequenas Causas, sucedidos pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais ao final do século passado, pelos Juizados Especiais Federais em 2001, e pelos Juizados Fazendários em 2015 (Figueira, 2015).

Nos Estados Unidos, a *pre-trial conference* de 1929 e a instituição dos Juizados de Pequenas Causas de Nova Iorque em 1934 desempenharam um papel determinante no delineamento da via simplificada para a resolução de conflitos (Figueira, 2015).

Nesse contexto, a nossa conciliação foi imbuída de formalidade pela intervenção do judiciário nacional, transformando, assim, toda gestão de conflitos realizada pelo tribunal de uma natureza alternativa para uma natureza judicial (Figueira, 2015)

No *Small Claim Court*, encontramos inspiração para a concepção, organização e operacionalização do Juizado de Pequenas Causas, estabelecido em 1984 (Figueira, 2015; p. 48), instituídos com a finalidade de proceder ao manejo e julgamento de causas de reduzido valor, os quais ainda, deram origem a posterior implementação dos Juizados Especiais em 1995, mediante a lei 9099.

Esses Juizados de Pequenas Causas empregavam a categoria de valor econômico como critério para a categorização das causas de dimensão reduzida, sendo esta abordagem subsequentemente alvo de críticas por estabelecer uma distinção social entre causas de menor e maior vulto, marginalizando, assim, a busca pela equidade no âmbito judicial (Alvim, 2003).

Quanto a instituição da Conciliação no Brasil, podemos observar que a mesma encontra suas raízes na figura do juiz de paz, cuja função de conciliação prévia foi originalmente estabelecida pela Constituição de 1824. Posteriormente, essa atribuição foi transferida para o Delegado de Polícia em 1840 (Amorim, 2003).

O Código de Processo Civil de 1973 consagrou a conciliação obrigatória em causas relacionadas a direitos patrimoniais de natureza privada e em litígios que

envolvem questões familiares. No âmbito da Justiça do Trabalho, a conciliação foi também delineada como obrigatória, sendo a figura do juiz leigo introduzida apenas pela Lei 9099 (Amorim, 2003).

Os Juizados Especiais, atualmente, gerenciam um volume significativo de processos em tramitação nos tribunais brasileiros, desempenhando um papel fundamental na expansão do acesso da população à esfera institucional de administração de conflitos. No entanto, é importante observar que essa avaliação, embora verídica, decorre predominantemente de análises baseadas em dados numéricos, cuja perspectiva, por vezes, não abrange de maneira consistente aspectos relacionados à natureza e a busca pela justiça (Amorim, 2003).

Atualmente, os Juizados Especiais gerenciam um volume expressivo de processos em tramitação, desempenhando um papel essencial na ampliação do acesso da população à administração de conflitos. Contudo, essa avaliação, embora verdadeira, muitas vezes se baseia exclusivamente em dados numéricos, sem contemplar de forma consistente aspectos qualitativos relacionados à natureza dos conflitos e à efetiva busca por justiça.

Conclusão

A relação entre cidadania, direitos humanos e acesso à justiça é fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Como analisado ao longo deste estudo, a dignidade da pessoa humana constitui o alicerce para o reconhecimento e a efetivação dos direitos fundamentais, orientando tanto a organização social quanto o ordenamento jurídico.

A evolução histórica da cidadania demonstra sua ampliação progressiva, deixando de ser um privilégio restrito para se tornar um instrumento de inclusão e igualdade. Esse desenvolvimento foi impulsionado por lutas sociais e transformações políticas e econômicas, que possibilitaram a incorporação de direitos civis, sociais e econômicos ao conceito de cidadania. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988

consolidou um modelo de cidadania universal, assegurando direitos não apenas a brasileiros, mas também a estrangeiros residentes no país, reforçando a dignidade humana como um valor essencial e inalienável.

O acesso à justiça, por sua vez, constitui um pressuposto fundamental para a concretização dos direitos e a efetividade da cidadania. A criação dos Juizados Especiais no Brasil representou um avanço significativo na democratização da justiça, permitindo a resolução de conflitos de menor complexidade de forma mais célere e acessível. Inspirados em modelos internacionais, esses juizados desempenham um papel relevante na garantia dos direitos fundamentais.

Entretanto, persistem desafios que tornam indispensável o aprimoramento do sistema judiciário. Os Juizados Especiais, assim como todo o aparato judicial, devem garantir uma aplicação efetiva da justiça àqueles que dela necessitam, sem que os processos sejam reduzidos a meras estatísticas ou metas burocráticas. Assim, faz-se necessária uma revisão da estrutura e dos objetivos desses órgãos, assegurando que cumpram plenamente sua função social.

O princípio fundamental dos Juizados Especiais é promover o acesso à justiça, garantindo que os cidadãos estejam protegidos pela dignidade da pessoa humana. Para que esse objetivo seja alcançado, é essencial que o instituto funcione de maneira eficiente e alinhada aos princípios que fundamentam sua existência.

Ademais, em um contexto global, a cidadania e os direitos humanos são influenciados por diferentes concepções e tradições jurídicas, variando conforme as especificidades históricas e culturais de cada país. Essa diversidade reforça a necessidade de um compromisso contínuo com o aprimoramento dos mecanismos de acesso à justiça e de proteção dos direitos fundamentais.

Diante dessas considerações, este estudo reforça a importância da cidadania como um mecanismo de proteção jurídica e social, destacando seu papel na promoção da igualdade e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito. O acesso à justiça deve ser constantemente aprimorado para garantir que todos os

indivíduos, independentemente de sua condição econômica ou social, possam exercer plenamente seus direitos. Somente assim será possível consolidar uma sociedade mais justa, equitativa e comprometida com a dignidade humana.

Referências:

- Alvim, J. E. C. (2003). Juizados Especiais Federais. Forense. ISBN 85-309-1500-3
- Amorim, M. S. de, Burgos, M., & Lima, R. K. de. (2024). Os Juizados Especiais no Sistema Judiciário Criminal Brasileiro: Controvérsias, Avaliações e Projeções. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/10284>
- Brito, P. de. (2021). Acesso à Justiça: A Mediação e a Arbitragem na Convenção Europeia dos Direitos Humanos – Tomo 2 / The Right of Access to a Court, Mediation and Arbitration in the European Convention on Human Rights – Part 2. Revista Jurídica Unicuritiba, 3(65), 690-718. <https://doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v4i66.5499>
- Carvalho, J. M. de. (2001). Cidadania no Brasil: o longo caminho. Civilização Brasileira. ISBN 978-65-5802-042-4
- Cesarani, D., & Fulbrook, M. (Eds.). (1996). Citizenship, Nationality and Migration in Europe. Routledge. ISBN 0-145-13100-6
- Figueira, H. L. M. (2015). A promessa de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/09/2baa3902db0fabc13c370fbccb4a367a.pdf>
- Halstead, P. (2014). Unlocking Human Rights (2ª ed.). Routledge, Taylor & Francis Group. ISBN 978-0-415-83597-8
- Lima, R. K. (2005). Ensaios de Antropologia e de Direito: Acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica. Lumen Juris. ISBN 978-85-375-0186-3

Lima, R. K., Burgos, M., & Amorim, M. S. de. (Ano). Os Juizados Especiais no Sistema

Judiciário Criminal Brasileiro: Controvérsias, Avaliações e Projeções. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/10284>

Lima, R. K., Burgos, M., Amorim, M. S. de., & Burgos, M. B. (2003). Juizados Especiais

Criminais: Sistema Judicial e Sociedade no Brasil. Intertexto. ISBN 85-87258-41-9

Lima, R. K., Burgos, M., Amorim, M. S. de., & Mendes, R. L. T. (2005). Ensaio sobre a Igualdade Jurídica. Lumen Iuris. ISBN 85-7387-703-0

Miranda, J., & Silva, M. A. M. da. (2008). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. Quartier Latin do Brasil. ISBN 85-7674-348-5

Morais, M. T. T. de. (1998). Art. 14º Direito de procurar asilo em outros países. In Repensar a Cidadania: Nos 50 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (pp. 87-90). Notícias. ISBN 972-46-08-6

Muniz, W. de S. de. (Ano). Resenha da obra Acesso à Justiça, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/resenha-da-obra-acesso-a-justica-de-mauro-cappelletti-e-bryant-garth/1204617920>

Santos, B. de S., Pedroso, J., Trincão, C., & Dias, J. P. (2002). O Acesso ao Direito e a

Justiça: um direito fundamental em questão. Observatório Permanente da Justiça

Portuguesa – Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra.

TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E SOBERANIA ESTATAL: UMA ANÁLISE DO EQUILÍBRIO ENTRE JURISDIÇÃO E AUTODETERMINAÇÃO NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

International courts and state sovereignty: an analysis of the balance between jurisdiction and self-determination in the protection of human rights

Carolina Pavese Barbosa Machado¹

PUC-MG

DOI: <https://doi.org/10.62140/CPBM5572025>

Sumário: 1. Introdução: Justificativa e relevância do tema; 2. Fundamentos Teóricos e Jurídicos: Conceito de soberania estatal no Direito Internacional, Jurisdição internacional: natureza e limites, Direitos humanos no contexto do Direito Internacional; 3. Tribunais Internacionais e a Proteção de Direitos Humanos: Histórico e evolução dos tribunais internacionais, A Corte Internacional de Justiça e sua jurisdição, O Tribunal Penal Internacional e os crimes contra a humanidade, Tribunais regionais de direitos humanos: exemplos e impacto; 4. O Conflito Entre Jurisdição Internacional e Soberania Estatal: Tensão entre 9 e decisões internacionais, Cooperação e resistência dos Estados às decisões de tribunais internacionais; 5. O Papel dos Tribunais Internacionais no Equilíbrio Entre Soberania e Proteção de Direitos Humanos: Mecanismos de diálogo entre tribunais e Estados, A influência da jurisdição internacional sobre políticas nacionais; 6. Desafios e Perspectivas para o Futuro: Perspectivas sobre a relação entre soberania e direitos humanos em um mundo

¹ Advogada. Sócia e Head de Direito Internacional do Escritório de Advocacia Paulon Advogados Associados. Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. E-Mail: carolinapavese@outlook.com. Orchid: <https://orcid.org/0009-0008-1588-508X>

globalizado; 7. Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo explora o equilíbrio entre soberania estatal e jurisdição internacional na proteção dos direitos humanos, abordando os fundamentos teóricos e jurídicos que sustentam a tensão entre autodeterminação e decisões de tribunais internacionais. São analisados o papel histórico e atual dos tribunais internacionais, a interação entre jurisdição supranacional e políticas nacionais, e os desafios enfrentados em um mundo globalizado. A pesquisa conclui que, embora existam tensões significativas, o diálogo e a cooperação entre Estados e tribunais são essenciais para consolidar uma justiça internacional efetiva, que respeite tanto a soberania quanto os direitos universais.

Palavras-chave: 1-Soberania estatal; 2- Tribunais internacionais; 3- Direitos humanos; 4- Jurisdição internacional.

Abstract: The article explores the balance between state sovereignty and international jurisdiction in human rights protection, addressing the theoretical and legal foundations underlying the tension between self-determination and international court decisions. It analyzes the historical and current role of international courts, the interaction between supranational jurisdiction and national policies, and the challenges faced in a globalized world. The research concludes that, despite significant tensions, dialogue and cooperation between states and courts are essential to consolidating effective international justice that respects both sovereignty and universal rights.

Keywords: 1- State sovereignty; 2- International courts; 3- Human rights; 4- International jurisdiction.

1. Introdução

1.1. Justificativa e Relevância do Tema

O sistema internacional contemporâneo está marcado por um crescente embate entre a soberania estatal e a jurisdição internacional, especialmente no âmbito da proteção dos direitos humanos. Enquanto os tribunais internacionais buscam garantir a aplicação universal de normas e princípios fundamentais, os Estados frequentemente resistem, alegando a preservação de sua autodeterminação e integridade. Esse dilema adquire relevância, sobretudo, em um cenário global caracterizado por conflitos armados, violações massivas de direitos e desafios transnacionais. A análise desse equilíbrio é indispensável para compreender os limites e as possibilidades do Direito Internacional no século XXI.

Contudo, a soberania não é absoluta e deve coexistir com as obrigações internacionais dos Estados, incluindo aquelas relacionadas à proteção de direitos humanos. A doutrina moderna reconhece que a soberania é também uma responsabilidade, especialmente no que diz respeito à garantia da dignidade humana. Assim, o conceito evoluiu de uma visão puramente territorial para uma perspectiva que considera a interdependência global e os limites impostos pelo Direito Internacional.

2. Fundamentos Teóricos e Jurídicos

A análise do equilíbrio entre soberania estatal e jurisdição internacional na proteção de direitos humanos exige um entendimento sólido dos fundamentos teóricos e jurídicos que sustentam esses conceitos. Neste capítulo, serão discutidos o conceito de soberania estatal no Direito Internacional, a natureza e os limites da jurisdição internacional, e a evolução do tratamento dos direitos humanos no contexto jurídico internacional.

2.1. Conceito de Soberania Estatal do Direito Internacional

A soberania estatal é um princípio fundamental do Direito Internacional, estabelecido na Paz de Vestfália (1648) e consolidado ao longo dos séculos como o direito exclusivo de cada Estado de exercer autoridade suprema dentro de seu território e de ser livre de interferências externas. Este princípio encontra respaldo na Carta

das Nações Unidas, cujo Artigo 2(1) reconhece a igualdade soberana dos Estados, e é reforçado pelo princípio da não intervenção nos assuntos internos.

Contudo, a soberania não é absoluta e deve coexistir com as obrigações internacionais dos Estados, incluindo aquelas relacionadas à proteção de direitos humanos. A doutrina moderna reconhece que a soberania é também uma responsabilidade, especialmente no que diz respeito à garantia da dignidade humana. Assim, o conceito evoluiu de uma visão puramente territorial para uma perspectiva que considera a interdependência global e os limites impostos pelo Direito Internacional.

2.2. Jurisdição Internacional: Natureza e Limites

A jurisdição internacional refere-se ao poder de tribunais ou instituições supranacionais de decidir sobre questões que transcendem as fronteiras de um único Estado, aplicando normas de alcance global ou regional. Sua natureza é essencialmente consensual, ou seja, os Estados devem aceitar explicitamente a competência dos tribunais internacionais, seja por meio de tratados, seja por adesão a convenções específicas.

Apesar disso, a jurisdição internacional enfrenta limites significativos. Primeiramente, há a questão da implementação de suas decisões, que dependem da cooperação dos Estados. Além disso, o princípio da imunidade soberana, especialmente em questões relacionadas a atos de Estado, pode restringir a atuação de tribunais internacionais. A resistência de alguns Estados à jurisdição internacional reflete o desafio de harmonizar a autoridade supranacional com as prerrogativas soberanas.

2.3. Direitos Humanos no Contexto do Direito Internacional

Os direitos humanos emergiram como um componente central do Direito Internacional após a Segunda Guerra Mundial, marcando um afastamento da noção de que os direitos das pessoas eram exclusivamente uma questão de jurisdição doméstica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os Pactos Internacionais de 1966 estabeleceram um marco normativo que reconhece a dignidade e os direitos inalienáveis de todos os seres humanos.

A proteção dos direitos humanos transcende fronteiras, demandando a

criação de sistemas jurídicos internacionais e regionais. Tribunais como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional desempenham um papel crucial na responsabilização por violações e na promoção da justiça. Contudo, os esforços de proteção de direitos humanos frequentemente entram em conflito com as alegações de soberania estatal, especialmente em casos envolvendo intervenções humanitárias, julgamentos por crimes de guerra e violações sistêmicas.

3. Tribunais Internacionais e a Proteção de Direitos Humanos

3.1. Histórico e Evolução dos Tribunais Internacionais

Os tribunais internacionais representam uma das mais importantes inovações no Direito Internacional, criados para lidar com disputas entre Estados, proteger direitos fundamentais e assegurar a responsabilização por crimes de maior gravidade. Sua evolução reflete o desenvolvimento do sistema internacional, os desafios enfrentados em cada período histórico e o crescente reconhecimento da necessidade de mecanismos jurídicos para promover a paz, a justiça e a cooperação global.

3.1.1. As Origens dos Tribunais Internacionais

O conceito de justiça internacional remonta a iniciativas históricas para regular a guerra e mediar conflitos entre Estados. O Tribunal de Arbitragem de Haia, estabelecido pela Convenção de Haia de 1899, foi um marco inicial, proporcionando um fórum para resolver disputas interestatais de maneira pacífica. No entanto, suas limitações em termos de força coercitiva e de aplicação de decisões restringiram seu impacto.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional (TPJI) foi criado em 1921 sob a Liga das Nações, representando um avanço significativo. Apesar de sua influência limitada devido à falta de adesão universal e à ausência de mecanismos robustos de enforcement, o TPJI estabeleceu precedentes que

moldaram o desenvolvimento jurídico internacional.

3.1.2. Os Tribunais Internacionais Após a Segunda Guerra Mundial

O término da Segunda Guerra Mundial marcou um ponto de inflexão na evolução dos tribunais internacionais. A criação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio introduziu a ideia de responsabilização individual por crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio, desafiando a noção tradicional de imunidade soberana. Essas experiências estabeleceram o conceito de que indivíduos, e não apenas Estados, podem ser julgados por violações graves do Direito Internacional.

A fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 trouxe consigo a criação da Corte Internacional de Justiça (CIJ), a principal instituição judicial da ONU. A CIJ ampliou o papel do TPJI, oferecendo um foro para resolver disputas entre Estados e emitindo pareceres consultivos sobre questões jurídicas internacionais. Embora sua jurisdição permaneça limitada pelo consentimento dos Estados, a CIJ continua a desempenhar um papel central no sistema jurídico global.

3.1.3. Tribunais Especializados e Regionais

Com o avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgiram tribunais regionais como a Corte Europeia de Direitos Humanos (1959), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (2006). Esses tribunais têm desempenhado um papel crucial na proteção dos direitos humanos, oferecendo aos indivíduos e grupos a possibilidade de buscar justiça em face de violações estatais.

Paralelamente, a década de 1990 testemunhou o surgimento de tribunais ad hoc para lidar com atrocidades em regiões específicas, como o Tribunal Penal Internacional para a Ex- Iugoslávia (TPII) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Esses tribunais representaram um avanço na responsabilização por crimes graves, mas também enfrentaram desafios relacionados à seletividade e à cooperação internacional.

3.1.4. A Criação do Tribunal Penal Internacional

O estabelecimento do Tribunal Penal Internacional (TPI) em 2002 foi um marco histórico no Direito Internacional. Diferente dos tribunais ad hoc, o TPI é uma instituição permanente, com jurisdição sobre crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e, mais recentemente, crimes de agressão. Embora o TPI tenha enfrentado críticas, especialmente em relação à sua efetividade e ao suposto foco desproporcional na África, ele permanece uma peça central no esforço global por justiça internacional.

3.1.5. Os Desafios Contemporâneos e as Perspectivas Futuras

Os tribunais internacionais enfrentam desafios crescentes em um cenário global marcado por tensões geopolíticas, resistência estatal e complexidade das violações transnacionais. Apesar disso, sua evolução demonstra um esforço contínuo para equilibrar a soberania estatal com a necessidade de garantir a justiça e os direitos humanos em um mundo cada vez mais interconectado.

Essa trajetória histórica revela não apenas os avanços na construção de uma ordem jurídica internacional, mas também as limitações que ainda precisam ser superadas para que os tribunais internacionais desempenhem seu papel de forma plena e eficaz.

a. Tensão entre Autodeterminação e Decisões Internacionais

A autodeterminação dos povos e a soberania dos Estados são princípios fundamentais do Direito Internacional, consagrados na Carta das Nações Unidas e em outros instrumentos jurídicos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Entretanto, esses princípios frequentemente entram em tensão com a jurisdição de tribunais internacionais e as decisões emanadas dessas instâncias, especialmente no contexto da proteção de direitos humanos e da prevenção de crimes graves, como genocídio e crimes de guerra.

i. O Conceito de Autodeterminação e Sua Aplicação Prática

A autodeterminação é o direito de um povo de escolher livremente seu sistema político, econômico, social e cultural, sem interferências externas. Historicamente, este princípio esteve associado aos processos de descolonização, permitindo que nações subjugadas alcançassem independência política e territorial. Em um contexto contemporâneo, a autodeterminação também pode se manifestar em movimentos separatistas ou reivindicações de autonomia, que muitas vezes geram conflitos internos e disputas sobre a legitimidade da jurisdição internacional em tais casos.

ii. A Jurisdição Internacional e o Desafio À Soberania Estatal

A atuação dos tribunais internacionais frequentemente desafia a noção clássica de autodeterminação e soberania, especialmente quando envolve decisões que interferem nos assuntos internos de um Estado. Por exemplo, as intervenções do Tribunal Penal Internacional (TPI) em casos como o do Sudão e do Quênia geraram tensões políticas e jurídicas significativas. Estados soberanos argumentaram que essas ações desrespeitaram sua autodeterminação, ao mesmo tempo em que tribunais internacionais defenderam sua atuação com base na necessidade de garantir justiça e prevenir a impunidade.

Além disso, o princípio da autodeterminação pode ser instrumentalizado por regimes autoritários para justificar a resistência às decisões internacionais, alegando interferência externa indevida. Isso coloca tribunais internacionais em uma posição delicada: enquanto buscam assegurar a proteção de direitos fundamentais, enfrentam acusações de minar a soberania e o direito de autodeterminação de determinados Estados ou povos.

iii. Casos Emblemáticos de Tensão

Casos emblemáticos ilustram essa tensão entre autodeterminação e decisões

internacionais. No contexto do Kosovo, a declaração unilateral de independência foi submetida à Corte Internacional de Justiça (CIJ) em busca de um parecer consultivo sobre sua conformidade com o Direito Internacional. A decisão da CIJ, que considerou a declaração de independência compatível com o Direito Internacional, gerou controvérsias sobre até que ponto a autodeterminação pode ser exercida sem o consentimento do Estado-mãe.

Outro exemplo é a atuação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em relação à Rússia e à Turquia, onde decisões sobre a proteção de minorias étnicas e direitos de dissidentes políticos foram interpretadas pelos governos nacionais como interferências inaceitáveis em sua autodeterminação.

iv. O Equilíbrio entre Autodeterminação e Jurisdição Internacional

O desafio reside em encontrar um equilíbrio entre a autodeterminação, como um direito fundamental, e a necessidade de decisões internacionais para proteger direitos humanos universais e prevenir abusos sistêmicos. Tribunais internacionais têm buscado esse equilíbrio ao enfatizar que sua atuação não visa subverter a soberania ou autodeterminação, mas sim garantir que esses princípios sejam exercidos de maneira que respeitem normas internacionais e promovam a dignidade humana.

Essa tensão continua sendo um tema central no Direito Internacional, exigindo um diálogo constante entre Estados, organizações internacionais e tribunais, a fim de conciliar o respeito à autodeterminação com a necessidade de responsabilização e proteção de direitos em um cenário global cada vez mais complexo.

b. Cooperação e Resistência dos Estados Às Decisões de Tribunais Internacionais

A eficácia dos tribunais internacionais depende, em grande medida, da cooperação dos Estados para implementar suas decisões. No entanto, a relação entre os Estados e essas instituições nem sempre é harmoniosa, sendo marcada tanto por

momentos de colaboração ativa quanto por episódios de resistência, motivados por fatores políticos, jurídicos e culturais. Essa dualidade reflete os desafios inerentes ao equilíbrio entre a soberania estatal e a jurisdição internacional.

i. Cooperação dos Estados: Fundamentos e Exemplos

A cooperação dos Estados com tribunais internacionais é essencial para garantir que as decisões dessas instituições sejam efetivamente aplicadas. Essa cooperação pode ocorrer por meio da adesão a tratados internacionais, do cumprimento de decisões judiciais e da implementação de mecanismos nacionais que reflitam os padrões internacionais.

Por exemplo, muitos Estados têm cooperado com o Tribunal Penal Internacional (TPI) ao entregar indivíduos acusados de crimes graves, como no caso do ex-presidente da Costa do Marfim, Laurent Gbagbo, que foi transferido ao TPI após o conflito no país. Da mesma forma, a aceitação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) por diversos países da América Latina demonstra um compromisso crescente com a proteção dos direitos humanos na região.

A cooperação também pode se manifestar em ações conjuntas, como investigações em parceria com tribunais internacionais e a criação de tribunais híbridos, como no caso do Tribunal Especial para Serra Leoa, onde a colaboração entre o governo nacional e a comunidade internacional resultou em um modelo misto de justiça.

ii. Resistência dos Estados: Causas e Consequências

Apesar dos exemplos de cooperação, a resistência dos Estados às decisões dos tribunais internacionais é uma realidade frequente. Essa resistência pode se manifestar de várias formas, como a rejeição de decisões, a não implementação de sentenças, ou até mesmo a retirada de tratados que fundamentam a jurisdição dessas instituições.

Entre os principais motivos de resistência estão:

1. **Alegações de violação da soberania:** Muitos Estados percebem as decisões internacionais como uma ingerência em seus assuntos internos, especialmente quando envolvem questões sensíveis, como políticas de segurança, conflitos territoriais ou julgamentos de líderes nacionais.

2. **Interesses políticos:** Governos podem rejeitar decisões internacionais para preservar sua legitimidade interna ou evitar o desgaste político causado pela implementação de medidas impopulares.

3. **Falta de capacidade ou recursos:** Alguns Estados, especialmente os menos desenvolvidos, podem enfrentar dificuldades práticas para cumprir as determinações internacionais, seja por limitações financeiras ou institucionais.

iii. **Impactos da Resistência**

A resistência dos Estados enfraquece a autoridade dos tribunais internacionais, comprometendo sua capacidade de promover justiça e fortalecer o sistema jurídico global. A não implementação de decisões pode criar precedentes negativos, encorajando outros Estados a adotar posturas semelhantes. Além disso, a falta de cooperação prejudica as vítimas de violações de direitos humanos, que frequentemente dependem dessas decisões para obter reparação.

iv. **Construindo um Caminho Para a Cooperação**

A superação da resistência requer esforços para construir confiança entre os tribunais internacionais e os Estados. Isso pode ser alcançado por meio de maior diálogo, transparência nos processos judiciais e a adoção de mecanismos que respeitem as particularidades nacionais, sem comprometer os padrões internacionais. A inclusão de Estados no desenvolvimento de normas e no funcionamento dos tribunais pode contribuir para aumentar a legitimidade percebida e, consequentemente, a adesão às suas decisões.

No longo prazo, o fortalecimento da cooperação entre Estados e tribunais internacionais é essencial para a consolidação de uma ordem jurídica global que

consiga harmonizar a soberania estatal com a proteção dos direitos humanos.

5. O Papel dos Tribunais Internacionais no Equilíbrio entre Soberania e Proteção de Direitos Humanos

5.1. Mecanismos de Diálogo Entre Tribunais e Estados

A relação entre tribunais internacionais e Estados requer constante diálogo para garantir a implementação eficaz de decisões e a consolidação do Direito Internacional. Esse diálogo é fundamental para harmonizar as prerrogativas da soberania estatal com as obrigações internacionais, promovendo um equilíbrio entre autonomia e responsabilidade na proteção de direitos humanos e na resolução de disputas. Os mecanismos de diálogo desempenham um papel crucial nesse processo, criando canais para a cooperação, a negociação e o fortalecimento da legitimidade das decisões judiciais.

5.1.2. Instrumentos Formais de Diálogo

Tribunais internacionais e Estados utilizam instrumentos formais para estabelecer e manter o diálogo. Entre os principais mecanismos estão:

1. **Pareceres consultivos:** Muitos tribunais, como a Corte Internacional de Justiça (CIJ), podem emitir pareceres consultivos a pedido de órgãos internacionais ou Estados, permitindo que questões jurídicas complexas sejam analisadas antes que se tornem disputas litigiosas. Esses pareceres não têm caráter vinculante, mas servem como guias para a interpretação do Direito Internacional.

2. **Audiências públicas e procedimentos participativos:** Durante os processos, os tribunais garantem aos Estados a oportunidade de apresentar argumentos jurídicos e evidências, promovendo um ambiente de debate transparente e inclusivo. Essas audiências permitem que os Estados influenciem a construção das decisões, fortalecendo a percepção de legitimidade.

3. **Supervisão de cumprimento:** Tribunais regionais de direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), utilizam mecanismos específicos para monitorar o cumprimento de suas decisões, muitas vezes colaborando com os Estados

para assegurar que as medidas determinadas sejam implementadas de maneira adequada e viável.

5.1.3. Diálogo Informal e Diplomático

Além dos instrumentos formais, o diálogo entre tribunais e Estados frequentemente ocorre por meio de canais informais, como reuniões diplomáticas, workshops jurídicos e consultas técnicas. Esses espaços proporcionam oportunidades para resolver disputas, esclarecer dúvidas sobre a interpretação de decisões e discutir reformas necessárias no âmbito doméstico.

Por exemplo, a CIDH realiza visitas aos países membros para avaliar a situação dos direitos humanos e promover recomendações de maneira colaborativa, fomentando a cooperação e reduzindo resistências por parte dos governos. Da mesma forma, o TPI frequentemente engaja em negociações com Estados para garantir a entrega de acusados ou a coleta de provas.

5.1.4. O Papel da Soft Law no Diálogo

Instrumentos de soft law, como declarações, diretrizes e relatórios emitidos por tribunais e órgãos internacionais, também são importantes para fomentar o diálogo. Embora não vinculantes, esses documentos ajudam a construir consenso, orientando os Estados na interpretação e aplicação das normas internacionais.

Por exemplo, o Manual de Boas Práticas da Corte Europeia de Direitos Humanos oferece orientações sobre como os Estados podem implementar de forma eficaz as suas decisões, ajudando a prevenir conflitos jurídicos futuros e fortalecendo a relação com os tribunais.

5.1.5. Desafios e Perspectivas Para o Diálogo

Apesar da existência desses mecanismos, o diálogo entre tribunais e Estados enfrenta desafios significativos. A desconfiança de alguns governos em relação à imparcialidade dos tribunais, a politização de certas decisões e as limitações de recursos nos países em desenvolvimento podem dificultar a colaboração.

Para superar esses desafios, é necessário investir em maior transparência nos processos judiciais, fortalecer as capacidades institucionais dos Estados e fomentar a educação jurídica, tanto em âmbito nacional quanto internacional. O diálogo constante não apenas aumenta a aceitação das decisões pelos Estados, mas também contribui para o aprimoramento do próprio Direito Internacional, permitindo sua adaptação às dinâmicas globais em transformação.

Os mecanismos de diálogo entre tribunais internacionais e Estados são essenciais para o funcionamento eficaz do sistema jurídico global. Eles promovem a cooperação, mitigam conflitos e fortalecem a legitimidade das instituições judiciais, contribuindo para um equilíbrio mais harmonioso entre soberania estatal e jurisdição internacional.

5.2. A Influência da Jurisdição Internacional Sobre Políticas Nacionais

A jurisdição internacional exerce uma influência crescente sobre as políticas nacionais, especialmente em questões relacionadas aos direitos humanos, à justiça criminal e ao meio ambiente. Tribunais internacionais, por meio de suas decisões e interpretações do Direito Internacional, moldam legislações e práticas domésticas, muitas vezes incentivando reformas institucionais, mudanças legislativas e o fortalecimento de padrões globais dentro dos contextos locais. Essa influência é particularmente notável em países que integram sistemas regionais de proteção ou que são partes de tratados que conferem jurisdição a tribunais internacionais.

5.2.1. Direitos Humanos e Políticas Nacionais

Uma das áreas mais evidentes de influência é a proteção dos direitos humanos. Tribunais regionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), têm desempenhado um papel essencial ao exigir que os Estados membros ajustem suas legislações e práticas para cumprir normas internacionais.

- **Exemplo na Europa:** Na Europa, a CEDH impactou significativamente a legislação de diversos países. Um exemplo notável foi a decisão no caso *Dudgeon v. United Kingdom* (1981), foi o primeiro caso bem sucedido Do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que levou o Reino Unido a descriminalizar a homossexualidade na Irlanda do Norte, refletindo os padrões de direitos humanos estabelecidos pela Convenção Europeia.

- **Exemplo na América Latina:** Na América Latina, a CIDH influenciou mudanças importantes, como no caso *González et al. ("Campo Algodonero") v. México* (2009), relacionado ao feminicídio em Ciudad Juárez. A decisão da Corte levou o México a adotar políticas públicas voltadas para a prevenção da violência de gênero e a melhorar a investigação de crimes contra mulheres.

5.2.2. Justiça Criminal e Accountability

A jurisdição internacional também influencia as políticas nacionais de justiça criminal, particularmente em casos relacionados a crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade. O Tribunal Penal Internacional (TPI), ao emitir mandados de prisão ou condenações, pressiona os Estados a fortalecerem seus sistemas judiciais e a cooperarem com a justiça internacional.

- **Exemplo no Quênia:** O TPI teve um impacto direto na política do Quênia, quando abriu investigações sobre a violência pós-eleitoral de 2007-2008. O caso levou o país a reformar seu sistema judicial, buscando demonstrar sua capacidade de lidar com crimes graves de forma independente e evitar intervenções internacionais futuras.

- **Exemplo na Alemanha:** A Alemanha implementou em sua legislação o princípio da jurisdição universal para julgar crimes de guerra e contra a humanidade. Essa decisão foi influenciada por padrões internacionais e pela atuação de tribunais como o TPI, resultando em julgamentos de indivíduos acusados de atrocidades cometidas fora do território alemão.

5.2.3. Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável

Os tribunais internacionais também influenciam políticas nacionais relacionadas ao meio ambiente, especialmente em disputas que envolvem recursos naturais ou questões transfronteiriças. O Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) desempenham papéis importantes ao interpretar tratados ambientais e estabelecer padrões de proteção.

- **Exemplo no caso Costa Rica vs. Nicarágua:** A CIJ decidiu sobre uma disputa territorial que envolvia a preservação ambiental no Rio San Juan. A decisão levou a Costa Rica e Nicarágua a adotar medidas para minimizar os danos ambientais em áreas protegidas.

- **Exemplo na Indonésia:** A pressão internacional, incluindo decisões de foros internacionais, levou a Indonésia a adotar políticas mais rigorosas para combater o desmatamento ilegal, refletindo compromissos assumidos em tratados ambientais globais.

5.2.4. Desafios e Limitações da Influência Internacional

Embora a jurisdição internacional tenha promovido mudanças positivas, sua influência enfrenta desafios. A resistência dos Estados, baseada em questões de soberania, pode atrasar ou limitar a implementação de decisões internacionais. Além disso, as diferenças culturais e jurídicas entre os Estados e os tribunais internacionais podem dificultar a adaptação de normas globais às realidades locais.

A jurisdição internacional tem um impacto significativo na formulação e implementação de políticas nacionais, promovendo padrões globais de justiça, direitos humanos e sustentabilidade. Por meio de suas decisões, os tribunais internacionais incentivam reformas e fortalecem instituições locais, contribuindo para um sistema global mais harmonizado. No entanto, o sucesso dessa influência depende de um diálogo contínuo entre os Estados e as instituições internacionais, garantindo que as normas globais sejam integradas às políticas domésticas de maneira eficaz e legítima.

6. Desafios e Perspectivas Para o Futuro

6.1. Perspectivas Sobre A Relação Entre Soberania e Direitos Humanos Em Um Mundo Globalizado

A globalização transformou profundamente as dinâmicas entre soberania estatal e direitos humanos. Enquanto os Estados continuam sendo os principais atores no sistema internacional, a interdependência econômica, política e cultural trouxe à tona a necessidade de equilibrar as prerrogativas soberanas com a proteção de direitos fundamentais em escala global. Nesse contexto, surgem novos desafios e oportunidades para reconfigurar a relação entre soberania e direitos humanos.

6.1.1. A Soberania Em Um Mundo Interdependente

A soberania, historicamente definida como a autoridade suprema de um Estado dentro de suas fronteiras, enfrenta novas pressões em um mundo globalizado. Crises transnacionais, como mudanças climáticas, migrações em massa, pandemias e conflitos armados, demandam soluções conjuntas que frequentemente envolvem intervenções internacionais. Essa realidade desafia a visão tradicional de soberania como um direito absoluto e reforça a noção de que ela deve ser exercida em conformidade com as obrigações internacionais.

A responsabilidade de proteger (R2P), por exemplo, é uma evolução significativa nesse debate. Esse princípio, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 2005, estabelece que a soberania implica não apenas direitos, mas também responsabilidades, especialmente na proteção de populações contra genocídio, crimes de guerra, limpeza étnica e crimes contra a humanidade.

6.1.2. Direitos Humanos Como Norma Internacional Universal

Os direitos humanos, consagrados em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), transcendem fronteiras e promovem um padrão universal de dignidade humana. No entanto, sua implementação global frequentemente entra em conflito com a soberania estatal, especialmente em regimes autoritários ou em Estados que alegam diferenças culturais e jurídicas para justificar práticas incompatíveis com os padrões internacionais.

Um exemplo emblemático é a recusa de alguns Estados em aceitar a jurisdição de tribunais internacionais ou regionais de direitos humanos, argumentando que

essas instâncias interferem em seus assuntos internos. Casos como as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos contra a Rússia, ou a resistência de países como a China às críticas internacionais sobre direitos humanos, ilustram a tensão entre soberania e normas universais.

6.1.3 Os Tribunais Internacionais no Equilíbrio Entre Soberania e Direitos Humanos

Tribunais internacionais desempenham um papel central ao promover a convergência entre soberania e direitos humanos. Suas decisões criam precedentes e incentivam os Estados a incorporar normas globais em suas legislações nacionais. No entanto, esses tribunais enfrentam o desafio de manter sua legitimidade diante de acusações de parcialidade ou de priorizar interesses específicos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por exemplo, tem se destacado por impor medidas que promovem a reparação de violações de direitos humanos e incentivam reformas institucionais. No entanto, algumas de suas decisões enfrentam resistência de governos que consideram suas intervenções uma violação da soberania.

6.1.4. Globalização e Novos Desafios Para Os Direitos Humanos

O mundo globalizado também traz desafios inéditos para os direitos humanos, como o impacto das grandes corporações transnacionais e das tecnologias emergentes. Questões como a exploração econômica em países em desenvolvimento, a vigilância em massa e a manipulação de dados pessoais exigem uma abordagem global que frequentemente transcende a capacidade de um único Estado.

Nesse cenário, a cooperação internacional e a criação de normas vinculantes para atores não estatais são fundamentais para proteger direitos humanos em uma era de globalização. Instrumentos como os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos são exemplos de esforços para enfrentar esses desafios.

6.1.5 O Futuro Da Relação Entre Soberania e Direitos Humanos

No futuro, o equilíbrio entre soberania e direitos humanos dependerá da capacidade da comunidade internacional de promover um diálogo inclusivo e respeitoso, reconhecendo as particularidades nacionais sem comprometer os padrões universais de dignidade humana. A criação de mecanismos mais flexíveis, capazes de adaptar-se às realidades locais, pode ser uma solução para superar as resistências dos Estados.

Além disso, a pressão da sociedade civil e de organizações não governamentais tem se mostrado uma força vital para responsabilizar os Estados e exigir o cumprimento de suas obrigações internacionais. Em um mundo cada vez mais conectado, os direitos humanos continuarão a desafiar a noção tradicional de soberania, mas também oferecem uma oportunidade única de construir uma ordem global mais justa e igualitária.

A relação entre soberania e direitos humanos em um mundo globalizado está em constante evolução. Embora existam tensões significativas, a globalização também oferece oportunidades para redefinir essa interação, promovendo um equilíbrio que respeite a autonomia estatal enquanto assegura a proteção universal dos direitos humanos.

7. Conclusão

A relação entre soberania estatal e jurisdição internacional é complexa e multifacetada, especialmente no contexto da proteção dos direitos humanos. Este artigo demonstrou que, embora as tensões entre autodeterminação e intervenções internacionais sejam frequentes, elas refletem desafios inerentes à estrutura do sistema jurídico global. O papel dos tribunais internacionais é crucial para responsabilizar violações e promover padrões universais de justiça. Contudo, sua eficácia depende de um equilíbrio delicado que respeite a soberania dos Estados enquanto garante a proteção dos direitos fundamentais. No futuro, o fortalecimento do diálogo e da cooperação entre Estados e instituições internacionais será essencial para consolidar um sistema jurídico que atenda às demandas de um mundo globalizado e interdependente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos - Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, 2008.

CASSESE, Antonio. International Law. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CEDH. Convenção Europeia de Direitos do Homem. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf Acesso em 12/07/2021.

CIDH. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm.

Acesso em: 09/07/2021.

EUROPA. Conselho da Europa. Defesa e promoção dos direitos humanos. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/human-rights/> Acesso em 23/07/2021

HIGGINS, Rosalyn. Problems and Process: International Law and How We Use It. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos — São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

ONU. Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acesso em: 06/07/2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional – 14. ed., rev. e atual – São Paulo : Saraiva, 2013

SIMMA, Bruno (Ed.). The Charter of the United Nations: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2002.

TOMUSCHAT, Christian. Human Rights: Between Idealism and Realism. Oxford: Oxford University Press, 2003.

TRÁFICO DE PESSOAS: UMA PROBLEMÁTICA PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO

Human Trafficking: A Problematic Beyond The Judiciary

Dáclis Barbosa Coelho¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Victor Ugo Barbosa Coelho de Lima²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

DOI: <https://doi.org/10.62140/DCVL5772025>

Resumo: O tráfico de seres humanos se observa nos dias atuais como uma das grandes mazelas da modernidade, mobilizando diversos setores da sociedade, desde o judiciário a instituições civis. Desta forma, a presente pesquisa visa o entendimento de como o delito se perpetuou na humanidade desde seu primórdio, na Antiguidade, até os dias atuais, bem como a evolução legislativa que visava tipificá-lo, e por fim como um conjunto de agentes, para além do legal, colabora e constrói uma rede, tanto de combate como de apoio as vítimas de tal delito, utilizando-se para tanto, uma ampla bibliografia sobre o tema, com autores especializados, e de igual forma casos ocorridos tanto em âmbito nacional como internacional.

¹ Mestre em Educação, Administração e Comunicação pela Universidade São Marcos e Professora da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: dacliscoelho@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-8023-097X>.

² Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Educação, Arte e História da Cultura da Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: mtf29@icloud.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9717-7559>.

Palavras-Chave: Tráfico de Pessoas, História, Direito Criminal, Direitos Humanos, Humanitarismo.

Abstract: Human Trafficking is seeing nowadays as one of the biggest ills of modern times, mobilizing various sectors of society, from the judiciary to civil institutions. This way, the present research aims to understand how this delictct perpetuated in humanity since its beginning, from Antiquity, to the present days, as well as its legislative evolution that aimed at tipifying it, and lastly, how a set of agents, beyond the legal ones, collaborate and build a network, both in combating it and supporting the victims of that crime, utilizing for that, an ample bibliography about the theme, with specialized authors, as well as cases that occurred both nationally and internationally.

Keywords: Human Trafficking, History, Criminal Law, Human Rights, Humanitarianism.

INTRODUÇÃO

A problemática do Tráfico de Pessoas permeia a sociedade mundial há milhares de anos, desde a Antiguidade até os dias atuais. Todavia, na contemporaneidade, esta mazela apresenta uma estrutura complexa e hostil, tornando uma tarefa árdua o seu combate. Isto é, não somente o âmbito legislativo e jurídico observa-se capaz de desacelerar o seu crescimento e disseminação nas mais diversas regiões do mundo, cabendo desta forma, outros meios e instituições para tal.

Este mencionado, é o cerne da pesquisa que aqui se desenvolve, ou seja, a compreensão, *lato sensu*, do tráfico de pessoas e seu combate. Para tal, utilizou-se o método de pesquisa exploratória bibliográfica, apresentando-se uma gama de autores interdisciplinares, que permeiam a História, Filosofia e Direito, visando a compreensão sob diferentes óticas da problemática.

Vale ainda mencionar, de forma breve, a estrutura que será apresentada ao decorrer da presente. Inicia-se com uma análise histórica do tráfico de pessoas, desde os povos gregos e o Império Romano, passando a Idade Média, com os povos escandinavos, eslavos e árabes, permeando o Renascimento e a Modernidade, restando por fim, na Modernidade e Contemporaneidade, nos séculos XX e XXI. Deve-se ressaltar que o presente estudo histórico pontuará as principais características pertinentes a pesquisa aqui apresentada.

Em um segundo momento, observar-se-á a evolução legislativa no tocante a problemática. Este âmbito possui grande extensão, que poderia ser comparável ao anterior, todavia, neste focalizar-se-á principalmente nos séculos XX e XXI, com destaque para o período entre guerras e posterior a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, ao se correlacionar a temática com a escravidão, torna-se fundamental retomar o século XIX, e a construção legal do período, como pilar ao que se desenvolverá *a posteriori*.

Por fim, visa-se compreender, mediante o todo explanado nos vetores anteriores, o caráter interdisciplinar do combate e da atual estrutura do crime organizado, voltado a prática de tráfico humano. Aqui, abordar-se-á práticas, além das jurídicas e legais, sociais e humanitárias, tanto de um caráter nacional como internacional, com envolvimento públicos e particulares. Nesta última etapa, buscar-se-á exemplificar a temática com casos reais ocorridos recentemente.

Dito isso, passa-se, portanto, a explanação e apresentação da evolução histórica do tráfico de seres humanos, abordado de forma clara e objetiva para compreensão geral da pesquisa.

O TRÁFICO DE PESSOAS NA HISTÓRIA

A atividade de tráfico de pessoas, como mencionado na introdução, permeia a História durante milênios. Entretanto, esta não possuía a mesma natureza na totalidade deste percurso se alterando drasticamente no decorrer dos séculos. Neste

momento, procura-se apresentar a evolução daquele, desde a Antiguidade Clássica, com os gregos e romanos, perpassando a Idade Média, percorrendo a época das Grandes Navegações e Renascimento, chegando aos séculos XVIII, e XIX, finalizando na Modernidade e Contemporaneidade.

No período grego, a grande maioria do labor, em sua modalidade manual, era realizado por mão-de-obra escrava. Estes, em sua grande maioria, eram provindos de prisioneiros de conflitos belicosos, ou seja, aqueles que eram derrotados no campo de batalha eram escravizados. Outro ponto a ser mencionado seria a escravidão por dívida, isto é, devido a um débito, o indivíduo tornar-se-ia propriedade de seu credor, algo instituído primariamente no governo de Sólon.

Para explanação objetiva do que se demonstrou acima, cita-se passagem da obra *Grécia e Roma*, do historiador Pedro Paulo Funari, sobre a escravidão na sociedade ateniense, e consequentemente grega, como um todo.

Os escravos de Atenas eram em sua maioria prisioneiros de guerra (gregos ou “bárbaros”, como eram chamados pejorativamente os não gregos) e seus descendentes, considerados não como seres humanos dignos, mas como “instrumentos vivos”. Dos escravos, cerca de 30 mil trabalhavam nas minas de prata, das quais se extraía metal para armamentos, ferramentas e moedas, 25 mil eram escravos rurais e 73 mil eram escravos urbanos empregados nas mais variadas tarefas e ofícios, permitindo que seus donos se ocupassem dos assuntos públicos. (FUNARI, 2018, p. 43)

Dito isso, preliminarmente a continuação da análise histórica sobre o tráfico de pessoas, deve-se atentar para um fator terminológico. Durante os períodos iniciais da humanidade, o termo “tráfico” não seria utilizado para os escravizados, uma vez que os seres humanos que se encontravam nesta situação, estariam destituídos de sua humanidade, ou seja, eram observados como objetos. Portanto, para uma melhor

adequação do ponto de vista linguístico, e para melhor acurácia histórica, utilizar-se-á a expressão comércio de pessoas, ou aquelas análogas.

Ou seja, aqueles homens, em sua maioria, e por vezes mulheres capturadas, tornavam-se objetos de uso cotidiano na Antiga Grécia. Comportamento este congruente e contínuo durante a República e Império Romano, que por sua vez expandiram-se por grande parte do continente Europeu, o que causou, durante o período de sua existência, aumento exponencial no número de escravizados. Vale mencionar, ainda sobre a natureza desta classe social, que a escravidão por dívida não se observou perene durante todo o período aqui mencionado, sendo abolida durante a República.

Entretanto, uma integralização maior da escravidão na sociedade romana se observa de forma fundamental. Diferentemente do ocorrido na Grécia, os romanos reconheciam os mesmos em sua legislação, onde a pioneira seria a Lei das XII Tábuas. Desta forma, as atividades escravistas, como o comércio de pessoas, eram normalizadas, sendo inclusive uma grande fonte de renda para mercadores romanos, que os vendiam para os mais diversos fins desde a arena de gladiadores, até trabalhos manuais e domésticos.

Observe-se a título de exemplo, o mencionado por Fustel de Coulanges, em sua obra *A Cidade Antiga*, ao discorrer sobre o resultado de uma batalha travada pelo romano Múcio Cévola, e a venda dos vencidos.

Múcio Cévola e todos os romanos acreditavam ser belo e nobre assassinar os inimigos. O cônsul Márcio se vangloriava publicamente de ter enganado o rei da Macedônia. Paulo Emilio vendeu como escravos cem mil epirotas que voluntariamente se entregaram a ele

acatando sua condição de vencedor. (COULANGES, 2009, p. 169)³

Compreendido o papel do comércio de seres humanos na Antiguidade, passa-se para a explanação da Idade Média. Durante o denominado alto medievo, ou seja, logo após a queda do Império Romano, os povos germânicos, que constituíam a grande maioria das comunidades dominantes no período, ainda mantinham costumes da antiga potência mediterrânea. Isto significa, que tanto o modelo fundiário como a mão-de-obra ainda restavam, portanto a escravidão era praticada de forma ainda alastrada, por mais que já se observara uma diminuição.

Tal entendimento pode ser observado nas palavras do Historiador Marcelo Cândido da Silva, em sua obra *História Medieval*, ao discorrer sobre a latinização de costumes dos germânicos, acima exposta.

O início do período carolíngio viu nascer uma estrutura produtiva que guardava algumas semelhanças com as *villae* da época romana (o termo “villa” designava originalmente o centro de habitat e de gestão do latifúndio, mas acabou sendo utilizado para definir o conjunto de estrutura fundiária), especialmente o uso de mão de obra escrava, ainda que numa escala mais reduzida. (CÂNDIDO, 2020, p. 46)

Entretanto, com o avanço da Igreja e da busca por uma identidade própria, em conformidade com a mesma, o sistema feudal inicia sua expansão, fazendo com que o escravo não mais participasse de forma tão fundamental como antes, do labor cotidiano, vide a mudança do mesmo para a figura do servo, ou mesmo do camponês. Entretanto, deve-se notar aqui que a escravidão por mais que diminuta em

³ Breve explanação que deve ser realizada sobre o presente excerto, seria o seu caráter comparativo entre o escravo e o estrangeiro, possuindo patamar social próximo na sociedade romana, entretanto, o trecho de igual forma, mesmo não objetivando, demonstra a cotidianidade da venda de seres humanos em massa, principalmente aqueles provindos de grandes conflitos.

comparação com o período anterior, não se extinguiu, e ainda se observava fortemente presente em outras regiões europeias e orientais.

Como dito, a escravidão ainda era utilizada para mão de obra, todavia, o comércio para outras comunidades se torna uma atividade de fundamentalidade econômica para muitos povos, principalmente para aqueles no Leste Europeu e no Oriente Médio. Estes seriam os consumidores de tal produto escravocrata, enquanto os fornecedores do mesmo podem ser encontrados em diversas localidades, contudo os mais evidentes estariam localizados no Norte Europeu, os povos escandinavos.

Estes se tornam expoentes no comércio de escravos, estabelecendo uma rede intercontinental do mesmo. A grande maioria dos escravizados eram capturados nas atividades denominadas de *vikings*, isto é, incursões comandadas por nobres ou notórios guerreiros, em busca da pilhagem de localidades ao redor da Europa, se destacando o reino da França, Grã-Bretanha e igualmente o Leste Europeu, em cidadelas e postos avançados ao longo do Rio Volga, conforme narra Neil Price, em sua obra *Vikings: A História Definitiva dos Homens do Norte*.

Seus principais clientes estariam centrados, igualmente no Leste Europeu, bem como no Oriente Médio, controlado e governado pelo Califado Abássida neste período. A finalidade destes escravos, ainda compreendidos como objetos, e não seres humanos, variava entre os labores manuais e pesados, bem como a exploração sexual, onde a grande maioria das mulheres se encontrava.

Relato que descreve esta última, em uma transação entre os povos do Leste e os árabes, pode ser observada nas anotações do viajante iraquiano Ahmad Ibn Fadlan, na obra *Ibn Fadlan and the Land of Darkness: Arab Travellers in the Far North*.

Cada um dos homens faz sexo com sua escrava, enquanto seus companheiros observam. Algumas vezes um grupo se junta desta forma, em vislumbre mútuo. Se um mercador entra neste momento para comprar uma jovem escrava de um dos homens e o encontra

fazendo sexo com a mesma, o homem não se levanta até que esteja satisfeito. (IBN FADLAN, 2012, pp. 46-47)⁴

Ou seja, o medievo, por mais que tenha mudado o enfoque do comércio de seres humanos, e por determinada ótica, diminuído o mesmo, não extirpa o Ocidente deste. Todavia, a situação é agravada com a ascensão do período das grandes navegações e de igual forma do colonialismo. Neste, expedições, majoritariamente financiadas pelos governos português e espanhol, e posteriormente inglês, as grandes potências navais dos séculos XV e XVI, para o continente Africano, Americano e de igual forma partes específicas da Ásia, mantendo contato até mesmo com o Japão.

A partir da colonização das Américas, principal território de interesse europeu, o tráfico de escravos, principalmente da parcela Oeste da África, se torna uma atividade lucrativa e essencial para a manutenção dos territórios recém dominados, conforme afirma Paulo Miceli, em sua obra, *História Moderna*. Este comércio, conhecido também como tráfico negreiro, capturava ou mesmo comprava, homens e mulheres no continente africano, e os revendia no chamado Mundo Novo, majoritariamente podendo ser observado no Brasil e Estados Unidos.

Cita-se aqui, reafirmando o posicionamento acima explicitado, passagem da obra mencionada de Miceli, comprovando a importância tácita do comércio de seres humanos para as Metrôpoles europeias.

A projeção dos mercadores estendia-se por outros países da Europa, especialmente aqueles que, nos séculos XVI e XVII, estavam envolvidos com o grande negócio das viagens da expansão e da conquista, com a formação dos impérios e a exploração colonial, com o

⁴ Each of the men has sex with his slave, while his companions look on. Sometimes a whole group of them gather together in this way, in full view of one another. If a merchant enters at this moment to buy a young slave girl from one of the men and finds him having sex with her, the man does not get up off her until he had satisfied himself. (IBN FADLAN, 2012, pp. 46-47)

comércio ultramarino, especialmente com o do Oriente, e com o tráfico de escravos africanos. (MICELI, 2013, p. 115)

Tais práticas se perpetuam até meados do século XIX, onde iniciam-se procedimentos para a diminuição e futuro fim da escravidão. Fator que causa tal estopim fora o decreto que proibiu o tráfico de escravos no Atlântico, realizado pelo Parlamento Britânico, seguido por documento legal estadunidense. Não obstante, o Brasil continua a praticar tais atos por mais que tivesse, de forma embrionária, iniciada a criação de um corpo legal para a libertação de escravos.

Por fim, durante os séculos XX e XXI, com a construção de uma sociedade voltada à preocupação ativa com os Direitos Humanos, o tráfico de seres humanos se torna crime, previsto em vasta documentação nacional e internacional. Este passa a ser praticado, primariamente, por organizações criminosas transnacionais, sediadas principalmente na Europa e Ásia, e seu foco altera-se, visando a captura de mulheres, seja por força ou práticas estelionatárias, para a exploração sexual. Por mais que existam ainda indivíduos em situações de trabalhos análogos a escravidão, vítimas de tráfico, estes não figuram na grande maioria.

Explanada a evolução histórica do crime, busca-se adiante expor a construção legislativa que visa o combate e a prevenção de tais práticas criminosas, bem como o auxílio as vítimas de tais delitos.

EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO SÉCULO XX

Inicia-se no presente momento, uma análise dos principais documentos elaborados que visam, não somente a tipificação do delito de tráfico de pessoas, e igualmente de organizações criminosas, vide observarem-se intimamente relacionadas, mas de igual forma objetivam o combate ao mesmo ato ilícito, buscando uma desaceleração deste em âmbito internacional. Os documentos de análise primária

serão a Convenção de Palermo, o Código Penal Brasileiro e as Leis 12.850/13 e 13.344/2016.

Preliminarmente, todavia, vale a menção da situação encontrada durante o século XIX. Neste, algo de fundamental ocorre, com o advento de uma modalidade distinta até o momento, de tráfico, aquele voltado a prostituição de mulheres, denominado, à época de tráfico de escravas brancas. O mesmo fora repudiado por inúmeros membros da classe política à época, inclusive diferenciando a prostituição do tráfico, onde o primeiro, quando feito livre de coação, ou forçosamente, poderia ser admitido.

Portanto, tais atitudes, levam a uma mentalidade de repressão do delito, que formara o corpo legislativo no século seguinte, como por exemplo a Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, de 1921, período entre guerras, que inclusive, observa-se vigente até os dias atuais. Vale mencionar também, que existe neste período uma maior preocupação com os Direitos Humanos a nível constitucional, sendo os mesmos uma das bases para o combate ao tráfico de seres humanos.

Partindo para o primeiro documento, isto é, o Código Penal de 1940, que divide o delito em dois tipos, sendo o tráfico internacional e interno de pessoas, ambos para fins sexuais, algo comum entre os documentos legais, uma vez que esta, como explanado anteriormente, é a mais comum prática, conforme artigos 231 e 231-A, respectivamente. Entretanto, vale mencionar que as tipificações do presente, encontram-se revogadas pela Lei 13.344/2016. Sua tipificação, todavia, ainda está presente no mesmo documento, mediante o artigo 149-A.⁵

⁵ Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:(Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

IV - adoção ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

V - exploração sexual. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

O jurista Cezar Roberto Bitencourt, em sua obra Tratado de Direito Penal, descreve o delito aqui sob análise conforme observa-se do excerto abaixo, reiterando seu caráter malicioso e danoso a sociedade.

O tráfico internacional de pessoa, para fins voluptuários, é uma atividade criminosa que tem como vítima, basicamente, indivíduos de países de terceiro mundo, que são levados para outros mais desenvolvidos. Nesse sentido, como país em desenvolvimento, o Brasil sofre nos dois polos, ou seja, possui muitas vítimas do tráfico internacional, ao mesmo tempo em que tem servido de destino para tantas outras vítimas de países subdesenvolvidos, como, por exemplo, os da própria América Latina. (BITENCOURT, 202, p. 207)

Quanto a Lei 13.344/2016, esta não somente estabelece o artigo 149-A, supramencionado, como de igual forma, discorre extensivamente no decorrer de seu corpo, sobre práticas para combate, prevenção e igualmente os procedimentos judiciais a serem estabelecidos. Percebe-se, portanto, que o delito se torna um problema não somente competente as autoridades locais onde o mesmo se perpetua, mas sim requerendo um esforço global, a união de forças para o rompimento do mesmo.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Vale ainda a menção de que outras atividades, usualmente atreladas a prostituição, observam-se tipificadas criminalmente no mesmo documento. Dentre elas pode-se destacar, o rufianismo, favorecimento a prostituição e manter casa de prostituição, conforme os artigos 230, 228 e 229 do Código Penal de 1940.⁶ Portanto, como se pode observar, o tráfico incorre em uma maior quantidade de crimes, para além de seu núcleo.

Outro delito de fundamental importância, e que corrobora para a perenidade do tráfico de seres humanos, seria a denominada organização criminosa. O Código Penal Brasileiro, não possui previsão para tal crime, sendo o mesmo tratado em lei específica. Por mais que tal diploma legal trate sobre o delito de Associação Criminosa, este estabelece-se como um ilícito de menor gravidade, e igualmente de grau reduzido em complexidade, não estando diretamente ligado com o tráfico de pessoas.

Deve-se, portanto, aqui, primeiramente definir o que seria o crime organizado, ou seja, o delito tipificado. Esta, é definida no artigo 1º, § 1º, da Lei nº

⁶ Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1o Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2o Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1o Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

12.850 de 2013, como sendo a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, de forma hierarquicamente estruturada, com a finalidade de cometer crimes. Ou seja, ambos os aspectos devem estar presentes, uma vez que a falta de uma divisão de tarefas dentro do grupo, não necessariamente acarretaria o tipo penal.

Vale mencionar, que os crimes a serem cometidos, não possuem uma delimitação, ou seja, podem ser de qualquer natureza, desde furtos, roubos e outros delitos contra o patrimônio, até tráfico de armas, drogas e pessoas. Desta forma, os integrantes de tais grupos criminosos, em sua grande maioria, são investigados por uma variedade de tipos criminais, havendo assim uma interligação de ambos.

Deve-se discorrer sobre o disposto no artigo 2º, da Lei nº 12.850 de 2013, que criminaliza de igual forma a disseminação e propagação das organizações criminosas. O excerto dos juristas Cleber Masson e Vinicius Marçal, em sua obra *Crime Organizado*, expressam esta novidade legislativa de grande importância para o combate a tais grupos ilícitos.

Pela primeira vez aportou no ordenamento jurídico brasileiro o crime de promover (fomentar, desenvolver, estimular, impulsionar, anunciar, propagandear), constituir (compor, formar, dar existência), financiar (apoiar financeiramente, custear despesas, prover o capital necessário para) ou integrar (participar, tornar-se parte de um grupo, associar-se, estabelecer conexão), pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.

O legislador, portanto, criminalizou não só a conduta daquele que integra a organização criminosa e/ou a financia, mas, também, de quem a constitui e/ou a promove. (...)” (MASSON, MARÇAL, 2021, p. 68)

Dito isso, passa-se ao último documento de caráter internacional, e consequentemente, com valor constitucional, o Protocolo de Palermo de 2004. Este, juntamente com a Convenção de Palermo, que visa o combate ao crime organizado, servindo inclusive de inspiração e base a lei supramencionada, define e prevê os meios de combate e prevenção ao tráfico de pessoas. Ambos os documentos foram acolhidos e vigoram no âmbito nacional, com peso constitucional.

Sua importância se observa, ao trazer à luz tais temáticas, que assolam a comunidade internacional a décadas, e até mesmo séculos, vide o analisado anteriormente, e mesmo a existência de organizações criminosas ao longo deste período. Ou seja, em conformidade com o viés humanitário encontrado nos séculos XX e XXI, o documento se preocupa com os seres humanos que sofrem as mazelas deste delito, ao redor do globo, não somente por legislações esparsas e nacionais.

Apresentada a evolução legislativa, passa-se agora a análise de casos práticos, e igualmente ao papel de instituições civis e não legislativas e jurídicas, para o combate e prevenção deste crime.

COMBATE E PREVENÇÃO NA MODERNIDADE

Explanadas ambas as evoluções histórica e legislativa, com uma compreensão lato sensu do tráfico de pessoas, visa-se no presente, a apresentação de como o combate e principalmente o acolhimento das vítimas, extrapola o âmbito legal e jurídico da problemática, por vezes recaindo sob a sociedade civil, organizações governamentais e outros agentes de fundamentalidade visível. Para tal, serão analisados alguns casos práticos.

O primeiro apresenta o relato de uma mulher nigeriana de dezoito anos, entrevistada por Barbie Latza Nadeau, cujo apelido era Joy. Ao narrar sua história, notam-se traços comuns ao tráfico de pessoas, principalmente pela forma de recrutamento e aliciamento. A jovem havia sido enganada em seu país natal, por um indivíduo próximo com uma promessa de emprego, que se concretiza

momentaneamente. Entretanto, sua empregadora, utilizando-se de uma “maldição”, que demonstra a ardilosidade desta, usufruindo de uma crença religiosa, amedronta a menina tornando-a refém da mesma.

Posteriormente, fora feita uma proposta para que a garota fosse trabalhar na Itália e ela, não possuindo liberdade de escolha, acata. Antes de sua partida, os membros do grupo criminoso entregam a Joy uma quantia em dinheiro e um telefone com somente um contato. Ao aportar na Sicília, é encaminhada, por policiais locais, a um centro de refugiados, descrito pela mesma, como um ambiente sujo sem uma nenhuma estrutura básica.

Ao chegar no campo, a jovem narra encontrar uma dezena de meninas nigerianas na mesma situação, demonstrando um traço comum entre as vítimas. Em seguida, contatando-a pelo telefone móvel entregue a ela, um homem requisita seu registro em um abrigo com nome e sobrenome falsos. Dias após sua mudança de localidade, para uma espécie de cativeiro, Joy inicia seus trabalhos sexuais forçados, ou seja, prostituição mediante o tráfico de pessoas.

Mediante este caso, compreende-se a ineficiência do Estado, retratado neste pela força policial, em identificar as vítimas do delito. Ou seja, a sociedade civil, por meio da jornalista, por mais que não auxilie na libertação da jovem, apresenta um papel fundamental no combate ao mesmo, ao expor o *modus operandi* deste, as características comuns das mulheres traficadas, geralmente provindas de cidades ou nações empobrecidas, bem como a finalidade do crime, em conformidade, ao se observar a legislação nacional, com o artigo 149-A, do Código Penal Brasileiro, com o ludibriar das vítimas.

Dito isso analisa-se agora o segundo caso, observando-se *sui generis*, devido a sua localização e consequências. A vítima, de nome Luiza Karimova, 22 anos, residia no Uzbequistão. Visando uma melhor qualidade de vida, traço congruente entre as mulheres traficadas conforme mencionado, se muda para a cidade de Osh no Quirguistão. Passado algum tempo, ela aceita um emprego de garçonne em Bishkek, capital da nação.

Entretanto, ao apresentar-se no local, seu passaporte fora apreendido e a jovem, trancada em um apartamento com outras meninas. Transcorrido certo tempo, embarcaram com destino a Dubai, recebendo documentos falsos, momento este que Karimova nota que a situação estaria anormal. Ao chegarem no destino, foram encaminhadas a uma residência ilegal, onde perceberam de imediato, que seriam forçadas a serviços sexuais. Veja parte do relato surpreendente da jovem, transcrito abaixo.

Por 18 meses, isto foi tudo que fiz. Nunca nos era permitido ir a lugar nenhum desacompanhadas. Eu não podia mais aguentar aquilo. Uma noite eu andei para fora de uma balada e vi um carro de polícia se aproximando. Ao invés de correr para longe como os outros, eu fiquei parada e deixei que eles me pegassem. Eu fui deportada de volta a Osh, e como minha identidade era falsa, passei um ano na cadeia.⁷

Após sua libertação, Karimova absorveu uma culpa pelo ocorrido e um sentimento de impureza pelo mesmo. Sem perspectiva futura, restou-se na atividade sexual novamente. Todavia, decorrido certo tempo, uma ONG, que visa amparar pessoas vítimas do tráfico de pessoas, entrou em contato. A jovem recebeu tratamento, principalmente psicológico, que resultou em sua reinserção na sociedade, e hoje, inclusive, se encontra casada.

Aqui percebe-se uma consequência do delito com outra natureza. Na grande maioria dos casos, as jovens são resgatadas por autoridades estatais, enquanto no presente, Karimova, em desespero por sua situação, se deixa prender, devido à documentação ilegal que possuía, para escapar de seus algozes. Este fato, demonstra o despreparo por parte das forças policiais de algumas regiões, na identificação e no

⁷ For 18 months, this is all I did. We were never allowed to go anywhere unaccompanied. I could not bear it anymore. One night I walked out of the nightclub and saw a police car approaching. Instead of running away like the others, I stayed put and let them catch me. I was deported back to Osh, and since my ID was fake, I spent a year in jail.

trato com vítimas de tráfico. Outro ponto, seria de igual forma a denotação de uma sociedade machista e sexista, que criminaliza a prostituição, no lugar de auxiliar mulheres na situação mencionada.

Em derradeiro, cita-se o caso ocorrido no Brasil, de nome, Operação Harem, que segundo reportagem de Mirelle Pinheiro e Daniela Golfieri teria se originado em São Paulo, e investigava, a princípio, um grupo que aplicava golpes, com a clonagem de cartões de crédito. Durante a análise do caso, observou-se que algumas compras, eram passagens aéreas com o nome de duas mulheres, com destino a Doha, no Qatar, sendo posteriormente identificadas como profissionais do sexo, vítimas do tráfico de seres humanos.

Com o avanço das investigações, percebeu-se uma estrutura mais complexa, com uma rede de agenciadores e aliciadores, em diversas localizações internacionais. Confirmaram-se ainda, os crimes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, estimando-se por números oficiais, conforme as autoridades policiais, mais de duzentas vítimas, sendo “distribuídas” internacionalmente. Foram descobertos, também, os meios de aliciamento, onde, inicialmente, utilizavam-se as redes sociais, em busca de mulheres jovens, por vezes menores de idade, com boa aparência e que poderiam ser reconhecidas como modelos. Assim, o aliciador entrava em contato com as potenciais vítimas, ofertando um ensaio fotográfico e subsequentemente, era ofertado um emprego como profissional da moda. As jovens, por necessidade ou desejo de ingressar neste mercado, aceitavam sem questionar. Assim, elas eram encaminhadas para fora do país, iniciando-se a exploração sexual, com cerceamento de liberdade e diversas formas de violência física e psicológica.

A exploração em si, era concomitante em operação, aos casos analisados, porém um ponto diferencial nesta, é relativo ao perfil que se observa das vítimas. Estas, não são particularmente buscadas pela sua condição de vulnerabilidade, mas sim pelo desejo em se tornar modelo, um sonho, o inconsciente do indivíduo. Inclusive existem, como disserta Nelson Lin, suspeitas de que organizadoras de concursos de miss e celebridades estariam envolvidas.

Diante dos casos explanados, percebe-se que não somente as autoridades oficiais do Estado, ou os meios legislativos, são suficientes para o combate, e principalmente apoio as vítimas. Inclusive, em algumas situações, observam-se mesmo ineficientes para a solução do delito. Ou seja, a sociedade civil, seja na forma de jornalistas e a mídia no geral, ou mesmo de ONG's, possui fundamentalidade visível para o auxílio no desmantelamento de organizações criminosas, e reinserção destas vítimas em suas respectivas comunidades, sendo portanto, essencial um processo interdisciplinar e internacional para a solução dos problemas gerados pelo tráfico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 de Janeiro de 2025.

_____. **Lei Nº 12.850**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20 de Janeiro de 2025.

_____. **Lei Nº 13.344**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm. Acesso em: 29 de Janeiro de 2025.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**: Estudos sobre o Culto, o Direito e as Instituições da Grécia Antiga e de Roma. 4. ed. São Paulo/Bauru: EDIPRO, 2009.

FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2018.

GOLFIERI, Daniela. **Operação Harem**: quadrilha investigada por tráfico de mulheres escolhia vítimas por fotos nas redes sociais. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2021/04/27/operacao-harem-quadrilha-investigada-por-trafico-de-mulheres-escolhia-vitimas-por-fotos-nas-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 27 de Janeiro de 2025.

IBN FADLAN, Ahmad. **Ibn Fadlan and the Land of Darkness: Arab Travellers in the Far North**. Traduzido e com introdução de Paul Lunde e Caroline Stone. Inglaterra: Londres, 2012.

LIN, Nelson. **Operação Harem BR: PF prende acusados de exploração sexual**. Rádio Nacional, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-04/operacao-harem-br-pf-prende-acusados-de-exploracao-sexual>. Acesso em: 27 de Janeiro de 2025.

MICELI, Paulo. **História Moderna**. 1ª ed., São Paulo: Editora Contexto, 2013.

NADEAU, Barbie Latza. **Crime families have cashed in on the ‘refugee industry’**. The Guardian, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/feb/01/migrants-more-profitable-than-drugs-how-mafia-infiltrated-italy-asylum-system>. Acesso em: 26 de Janeiro de 2025.

PINHEIRO, Mirelle. **Polícia Federal prende acusados de tráfico internacional de mulheres**. Metrôpoles, 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/policia-federal-prende-acusados-de-trafico-internacional-de-mulheres>. Acesso em: 26 de Janeiro de 2025.

PRICE, Neil. **Vikings: A História Definitiva dos Homens do Norte**. Tradução de Renato Marques de Oliveira. São Paulo: Planeta, 2021.

WOMEN, UN. **In the words of Luiza Karimova: “We were sex slaves”**. 2017. Disponível em: <https://www.unwomen.org/en/news/stories/2017/2/in-the-words-of-luiza-we-were-sex-slaves>. Acesso em: 26 de Janeiro de 2025.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A “LEI DA REFORMA ELEITORAL”: ANÁLISE DOS DIREITOS POLÍTICOS E ELEITORAIS À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CONVENTIONALITY CONTROL AND THE "ELECTORAL REFORM LAW": An Analysis of Political and Electoral Rights in Light of the Inter-American Court of Human Rights

Vânia Siciliano Aieta¹

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Daniela da Costa Fernandes²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

DOI: <https://doi.org//10.62140/VADF5962025>

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos Políticos no Ordenamento Constitucional Brasileiro. 3 A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais De Direitos Humanos. 4. Direitos Políticos e Eleitorais nos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. 5. Controle de Convencionalidade. 6. A Reforma Eleitoral de 2015. 7. Conclusões.

¹ Professora do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, aprovada em primeiro lugar em concurso de provas e títulos. Pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha (2018) e pela PUC-Rio (2017). Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP (2003), Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (1997). Graduação em Direito pela UERJ (1991). E-mail: vaniaaieta@yahoo.it Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1670-3416>.

² Mestranda em Direito Internacional pela UERJ. Graduanda em Direito pela UERJ (2024). Advogada no RNA Advogados. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional da UERJ – NEPEDI. E-mail: cfernandes.dani@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-5102-0313>.

Resumo: O artigo aborda a relevância dos direitos políticos e liberdades correlatas, como expressão, associação e reunião, para a integridade do processo democrático. Analisa-se a legitimidade de restrições a esses direitos, com base na proporcionalidade e no controle de convencionalidade, conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) e a Lei nº 13.165/2015 (Reforma Eleitoral). A doutrina do controle difuso de convencionalidade estabelece que normas nacionais contrárias à CADH devem ser afastadas. Destacam-se alterações trazidas pela Reforma Eleitoral, como limitações à propaganda política e ao financiamento de campanhas, visando maior equidade no pleito. Por fim, reforça-se a inter-relação entre direitos políticos e a proteção do regime democrático, considerando padrões interamericanos e europeus.

Palavras-chave: Direitos políticos; Controle de convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Reforma Eleitoral.

Abstract: The article discusses the relevance of political rights and related freedoms, such as freedom of expression, association, and assembly, to the integrity of the democratic process. It examines the legitimacy of restrictions on these rights based on proportionality and conventionality control, in accordance with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and Law No. 13,165/2015 (Electoral Reform). The doctrine of diffuse control of conventionality asserts that national norms contrary to the ACHR must be set aside. The article highlights changes introduced by the Electoral Reform, such as limitations on political advertising and campaign financing, aimed at ensuring greater fairness in elections. Finally, it emphasizes the interrelation between political rights and the protection of the democratic regime, considering both inter-American and European standards.

Keywords: Political rights; Conventionality control; Inter-American Court of Human Rights; Electoral Reform.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os direitos políticos e eleitorais à luz do sistema interamericano de direitos humanos, especialmente a jurisprudência da Corte Interamericana. A partir dessa análise, pretende-se fazer uma análise da Lei nº 13.165/2015, a chamada “Lei da Reforma Eleitoral” para verificar a convencionalidade da norma. Será demonstrado que as propostas de regulação da propaganda eleitoral, em muitos pontos, restringem desproporcionalmente o conteúdo da liberdade de expressão e os direitos políticos, enquanto as limitações ao financiamento de campanha possuem a finalidade legítima de garantir a oportunidade igualitária entre os partidos, inobstante restringir a liberdade de expressão.

A metodologia empregada no presente estudo encontra-se pautada pela coleta e reunião de livros doutrinários, artigos acadêmicos e quaisquer outros textos difundidos em veículos de informação, a respeito da convencionalidade dos direitos eleitorais e políticos à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2. DIREITOS POLÍTICOS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Para Peregrino Ferreira, faz-se necessária a abordagem, teórica dos direitos políticos, uma vez ausência da qualidade constitucional desses direitos na doutrina eleitoral, como se, apesar de expressamente dispostos em destaque no Título II e em capítulo próprio, tratam-no como autônomo ao Direito Constitucional, bem como da Convenção Interamericana.³ Como sabe-se, o Brasil passou por um processo de

³ FERRREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 29.

redemocratização na década de 1980, cujo ápice ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988,⁴ que elevou a pessoa humana à posição de centro axiológico de todo o ordenamento jurídico pátrio.⁵

Ademais, os direitos políticos não se restringem ao direito de votar e ser votado, mas sobre outros institutos constitucionais de manifestação direta ou semidireta da vontade popular. Nesse contexto, cita-se o exemplo o direito de participação popular na deliberação e fixação de políticas públicas, como o plebiscito e o referendo, e o direito de criar partidos políticos,⁶ as formas de ascensão ao serviço público,⁷ e as liberdades de manifestação, expressão, reunião e associação – pré-requisitos para o exercício do poder político.⁸

3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição de 1988 representou uma inovação à matéria de direitos humanos, uma vez que estabelece, pela primeira vez, que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros derivados do sistema e dos princípios que adota, nem dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária (art. 5º, § 2º). O Brasil se insere no sistema internacional de proteção de

⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 155-156.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 118-119.

⁶ CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. **Direitos Políticos fundamentais e Sua Suspensão por Condenações Criminais e por improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 79.

⁷ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 34

⁸ AMAYA, Jorge. Democracia vs. Constitución. **El poder del juez constitucional**. Colección de Textos Jurídicos. Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Buenos Aires, 2012. p. 59.

direitos humanos submetendo-se tanto ao sistema ONU quanto ao sistema interamericano de direitos humanos.⁹

Para responder à controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, estipulando que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa, terão equivalência às emendas constitucionais.

A inovação introduzida pelo art. 5º, § 3º da Constituição e a necessidade de evolução e atualização jurisprudencial foram destacadas no Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do RE 466.343, em 3 de dezembro de 2008.¹⁰ Nessa oportunidade, o Supremo também reconheceu que aos tratados de direitos humanos possuem um regime jurídico especial e diferenciado, distinto do aplicável aos tratados tradicionais. No entanto, divergiu quanto à hierarquia específica a ser atribuída aos tratados de direitos humanos, permanecendo dividido entre a tese da supralegalidade e a tese da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a preponderante. Isso significa que, embora a CADH não esteja em uma posição hierárquica superior à Constituição, tem um status que deve ser respeitado e integrado na interpretação das normas constitucionais.

4. DIREITOS POLÍTICOS E ELEITORAIS NOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 23, diversos direitos políticos específicos, como a participar da condução dos

⁹ MAZZUOLI, Valério. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 466.343-1/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, **Diário da Justiça Eletrônico**, 5 jun. 2009.

assuntos públicos; de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a livre expressão da vontade dos eleitores; e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

A primeira disposição do artigo 23 da CADH estabelece a universalidade da participação nos assuntos políticos, diretamente ou por meio de representantes devidamente eleitos. Antes de analisar a prática da Corte IDH em relação ao direito de participação política considerado de forma ampla. Os dois casos mais representativos de violação ao artigo 23.1.a. da CADH são *Chitay Nech e outros vs. Guatemala* e *Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Embora em ambos os casos também se limite o acesso e a permanência em cargos públicos, essas graves e sistemáticas violações durante conflitos armados internos também representam a anulação da participação política de determinados grupos.

Segundo, o artigo 23.1.b. estabelece o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores. Um primeiro caso que avançou na definição do sufrágio passivo foi o *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, no qual se afirmou que a regulamentação por lei do direito de ser eleito deve garantir condições de igualdade nas circunstâncias de participação e de representação popular, não sendo admissíveis distinções discriminatórias.¹¹ Assim, o direito ao sufrágio passivo, ao ser regulamentado por lei, deve garantir condições de igualdade nas circunstâncias de participação e representação popular, não sendo admissíveis distinções discriminatórias. Isso significa que os Estados podem estabelecer padrões mínimos para regular a participação política, desde que sejam razoáveis de acordo com os princípios da democracia representativa.¹²

¹¹ Corte IDH. **Caso Yatama vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127. §214, 221 e 223

¹² *Ibidem*. §206.

Terceiro, o artigo 23.1.c garante o acesso e permanência em condições de igualdade aos cargos políticos. Em sua jurisprudência, a Corte IDH reiterou que o direito de acesso a funções públicas deve ser garantido em condições de igualdade e que o Estado deve implementar mecanismos para garantir a efetividade dos direitos políticos, conforme o princípio de igualdade e não discriminação.¹³ Nesse sentido a CIDH observa que a violação do direito de participar em condições de igualdade em uma disputa eleitoral pode afetar não apenas os direitos individuais da pessoa em questão, mas também a dimensão coletiva dos direitos políticos, uma vez que influencia o jogo democrático ao gerar vantagens indevidas a certos candidatos sobre os demais.¹⁴

Por fim, vale destacar a Corte reconhece a relação existente entre os direitos políticos, a liberdade de expressão, o direito de reunião e a liberdade de associação, e que esses direitos, em conjunto, possibilitam o funcionamento do jogo democrático. A proteção da expressão é especialmente relevante para promover canais de mudanças políticas, protegendo pressupostos de funcionamentos da democracia.¹⁵ Na jurisprudência da Corte IDH, a liberdade de expressão é uma condição *sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, aqueles que desejam influenciar a coletividade possam se desenvolver plenamente.¹⁶

Ademais, a propaganda eleitoral, o financiamento de campanha, o tempo de televisão não podem ser excluídos da proteção dos direitos políticos, posto que são

¹³ Corte IDH. **Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C n.º 197, §131.

¹⁴ CIDH. Informe No. 303/20 Caso 13.727. Informe de Fondo Fabio Gadea Mantilla Nicaragua. OEA/Ser.L/V/II Doc. 320. Octubre 29, 2020

¹⁵ ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

¹⁶ CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C No. 107, §112; CORTE IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai**. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C No. 111, §82; CORTE IDH. **Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile**. Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C No. 151, §85.

os meios pelos quais as campanhas eleitorais são exercidas.¹⁷ As campanhas eleitorais constituem uma fase do processo político que ocorre durante um período determinado antes da votação, em que candidatos e partidos realizam uma série de atividades de proselitismo e propaganda eleitoral. O objetivo dessas atividades é comunicar seus programas, pontos de vista, trajetórias e qualidades, permitindo, assim, que os eleitores definam seus votos e contribuam para a formação do corpo de representantes.¹⁸

Ao tratar do conceito de campanha eleitoral, nos referimos às condições que devem prevalecer durante sua realização. Em geral, trata-se de assegurar a vigência de três aspectos inter-relacionados: as liberdades políticas, a neutralidade e imparcialidade dos organismos públicos (expressos no princípio legal da não discriminação e da igualdade de oportunidades).¹⁹ A Corte Interamericana já se manifestou sobre campanhas eleitorais no caso *Ricardo Canese Vs. Paraguai*.²⁰

Nessa oportunidade, a Corte reconheceu que, no marco da campanha eleitoral, a liberdade de pensamento e expressão construí um alicerce fundamental para o debate, uma vez que se trata de ferramenta essencial para a formação da opinião pública dos eleitores, fortalece a competição política entre os candidatos e partidos que participam da eleição, tornando-se um autêntico instrumento de análise das plataformas políticas propostas pelos diferentes candidatos, permitindo maior transparência e supervisão das autoridades futuras.

¹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Análise da Reforma Eleitoral a partir da Jurisprudência da Corte Interamericana. In: FERRREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 299-310, 2020.

¹⁸ LAUGA, Martín; RODRÍGUEZ, Juan I. García La campaña electoral: publicidad/propaganda, período, prohibiciones. In: Nohlen, Dieter *et al.* (Eds.). **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. 2. ed. México: FCE, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007. p. 731.

¹⁹ *Ibidem*. p. 734.

²⁰ Corte IDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n.º 111. §88.

5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é objeto de um longo e sólido desenvolvimento na jurisprudência da Corte Interamericana.²¹ A inovação surge a partir da elaboração da doutrina do controle “difuso” de convencionalidade.²² Trata-se da transferência da análise de compatibilidade entre um caso e a Convenção Americana a todos os juízes nacionais, pretendendo a uniformização do tratamento dos direitos humanos no sistema regional.²³

O *Leading case* da criação da doutrina do controle de convencionalidade difuso na Corte Interamericana é o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em 2006.²⁴ Nesse caso, o sistema jurídico chileno deixava impunes os crimes cometido durante a ditadura militar de Augusto Pinochet entre os anos de 1973 a 1979, o que demonstrava-se incompatível com a CADH e, por efeito, carecia de efeitos jurídicos: Posteriormente, no mesmo ano, Corte estabeleceu que esse tipo de controle deve ser exercido *ex officio*, sem necessidade de solicitação das partes, e no âmbito de suas respectivas competências, considerando outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência.²⁵

A partir de 2010, a partir do caso *Gelman vs. Uruguai*,²⁶ a interpretação da Corte amplia o entendimento sobre controle de convencionalidade, de modo que os Estados devem garantir que os juízes e órgãos ligados à administração da justiça em

²¹ RAMÍREZ, Sergio García. El Control Judicial Interdo de Convencionalidad. **Rev. IUS**, Puebla, v. 5, n. 28, 2011.

²² REY CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de leyes. In: FERRER MAC-GREGOR, E.; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (Org.). **La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho**. Tomo X: Derechos humanos y tribunales internacionales. México: UNAM-Marcial Pons-IMDPC, p. 393-418, 2008.

²³ SAGUÉS, Néstor Pedro. Orbigaciones Internacionales y Controle de Convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

²⁴ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154. §123-125.

²⁵ CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C n.º 174, §128.

²⁶ CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013

todos os níveis estão obrigados a exercer, de ofício, o controle de convencionalidade. Nesse caso, a Corte IDH definiu o conceito de controle de convencionalidade pela primeira vez, referindo-se a "uma instituição utilizada para aplicar o Direito Internacional, neste caso o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e especificamente a Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência deste Tribunal".²⁷ Além disso, esclareceu que o controle de convencionalidade tem duas faces: (i) a obrigação que deve ser cumprida a partir de uma coisa julgada internacional (*res judicata*) e e (ii) como uma norma convencional interpretada (*res interpretata*).²⁸

Ou seja, a segunda manifestação do controle de convencionalidade refere-se aos casos em que o Estado *não* foi parte no processo internacional, mas tão somente o mero fato de ser parte na Convenção Americana vincula todas as suas autoridades públicas e todos os seus órgãos, incluindo as instâncias democráticas e outros órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis, à Convenção Interamericana e os precedentes jurisprudenciais da Corte IDH.²⁹

Sergio Ramirez Garcia entende que o controle de convencionalidade, como mecanismo de respeito e garantia, possui escopo de aplicação não apenas sobre os casos contenciosos da Corte IDH, mas agora também sobre as opiniões consultivas.³⁰ No mesmo sentido, na Opinião Consultiva sobre os Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, a Corte IDH considerou necessário que, ao realizar o controle de convencionalidade, os diversos órgãos do Estado também levem em conta o que foi indicado pela Corte IDH no exercício de sua competência não contenciosa, ”.³¹

²⁷ Corte IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013, §65.

²⁸ *Ibidem*, §68.

²⁹ *Ibidem*, §68.

³⁰ RAMIREZ, Sergio Garcia. El Control Judicial Interdo de Convencionalidad. **Rev. IUS**, Puebla, v. 5, n. 28, 2011.

³¹ Corte IDH. **OC-24/17**. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Sentença de 24 de novembro de 2017. Série A. No.24. §31.

Portanto, enquanto as teorias tradicionais atribuem ao Poder Judiciário o papel de verificar a compatibilidade das normas nacionais com os tratados internacionais, concedendo-lhe exclusividade nessa função de garantir a conformidade das normas superiores com a atuação do Estado, uma abordagem geral do controle de convencionalidade implica na necessidade de: **(i)** a própria Administração Pública exercê-lo, de ofício e no exercício de suas funções típicas; **(ii)** o Legislativo, durante a produção de emendas constitucionais, leis complementares e ordinárias, decretos legislativos e resoluções; e **(iii)** órgãos de controle que não fazem parte da estrutura clássica de divisão de funções também realizarem, de ofício, o controle de convencionalidade, como por exemplo, o Ministério Público.³²

6. A REFORMA ELEITORAL DE 2015

Frente ao exposto, pretende-se analisar a Reforma Eleitoral de 2015, uma vez que essa contém proibições destinadas a cumprir as condições mencionadas no contexto das campanhas políticas. Faz-se necessário considerar um contexto factual abrangente ao analisar as referidas restrições aos direitos políticos, a fim de garantir uma proteção ampla.

A restrição a direitos fundamentais não é estranha ao Direito Constitucional, bem como os direitos previstos da CADH são passíveis de restrições em determinadas circunstâncias.³³ O presente trabalho não se destina a aprofundar as técnicas de restrições aos direitos fundamentais, mas reforçar que ponderações entre interesses legítimos contrapostos são realizadas rotineiramente em Estados

³² Corte IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220. §225. No mesmo sentido: Voto do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. §17-24.

³³ CORTE IDH. **Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9.

Democráticos de Direito, inclusive conforme reconhece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à liberdade de expressão.³⁴

Tal ponderação é frequente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cita-se casos notórios entre a liberdade de expressão e legislação eleitoral: (i) a vedação de utilização de gravações externas;³⁵ a inconstitucionalidade de vedação de divulgação de pesquisas eleitorais às vésperas do pleito;³⁶ proibição de showmícios;³⁷ e inconstitucionalidade de restrições de sátiras humorísticas.³⁸ Inclusive, o financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas já foi analisado pela Suprema Corte.

Inicialmente, o texto do art. 23 da CADH reconhece expressamente que lei pode regulamentar o exercício dos direitos e oportunidades mencionados no inciso anterior exclusivamente por razões de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação por juiz competente em processo penal. Ademais, o voto concorrente fundamentado do juiz Diego García Sayán no caso *Caso Castañeda Gutman vs. México*³⁹ amplia a interpretação taxativa do artigo 23.2 ao afirmar que a referência a um juiz penal não é taxativa, e que outros órgãos – entre eles especificamente a justiça eleitoral – podem estabelecer restrições aos direitos políticos em conformidade com a CADH.

³⁴ CIDH. **Protesta y Derechos Humanos**: Estándares sobre Los Derechos Involucrados en la Protesta Social y las Obligaciones que Deben Guiar la Respuesta Estatal. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19. Setembro de 2019. §41.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 956-7. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, **Diário de Justiça**, 1º jul. 2024.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3741 / DF. Desembargador: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, **Diário de Justiça**, 06 ago. 2006.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3758/2006. Desembargador: Ministro Eros Grau. Diário de Justiça, Brasília, 17 de ago. 2006.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4451. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 jun. 2018

³⁹ CORTE IDH. **Caso Castañeda Gutman vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184. Voto concorrente fundamentado do juiz Diego García Sayán.

No exercício da primeira, em três de suas Opiniões Consultivas, emitidas na metade da década de 1980;⁴⁰⁻⁴¹⁻⁴², a Corte esclareceu que as limitações ao exercício dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana, previstas nela, só podem emanar de leis adotadas por órgãos legislativos eleitos democraticamente, e devem ser interpretadas restritivamente à luz das “justas exigências” de uma “sociedade democrática”.

Em relação à liberdade de expressão, a Corte reconhece que esse direito pode ser restringidos desde que **(i)** não o sejam de forma abusiva; **(ii)** a restrição deve estar prevista em lei; e **(iii)** é necessário que haja adequação aos critérios de proporcionalidade, para isso é necessário analisar: a perseguição de um fim legítimo, a necessidade do meio empregado para atingir este fim, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁴³ Além disso, a finalidade deverá ser proteger a segurança nacional, a ordem ou a saúde pública⁴⁴

A Lei nº 13.165/2015, a chamada “Lei da Reforma Eleitoral” alterou diversos diplomas legais relacionados às eleições, como a Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), Lei nº. 9.430/96, Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral) e Lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) no intuito de reduzir campanhas eleitorais, simplificar a administração dos partidos políticos e incentivar a participação feminina. A Reforma

⁴⁰ CORTE IDH. **El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8. §20-26.

⁴¹ CORTE IDH. **La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6. §38.

⁴² CORTE IDH. **La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5. §67.

⁴³ CORTE IDH. **Caso López Lone e outros Vs. Honduras**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º. 302. §168; CIDH. **Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre Los Derechos Involucrados en la Protesta Social y las Obligaciones que Deben Guiar la Respuesta Estatal**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19. Setembro de 2019. §38-43.

⁴⁴ CORTE IDH. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C No. 107. §120; CORTE IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie Serie C n.º 135. §79.

trouxe mudanças significativas para a veiculação de propaganda pelos partidos políticos. O §6º do artigo 37 da Lei nº 9.504/97, que permitia “cavaletes, bonecos, cartazes, mesas para distribuição de material de campanha e bandeiras ao longo das vias públicas”, agora permite apenas “mesas para distribuição de material de campanha e a utilização de bandeiras ao longo das vias públicas”.

A propaganda em bens particulares também sofreu restrições significativas. Anteriormente, era permitida a veiculação de propaganda eleitoral por meio da fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas ou inscrições, desde que não excedessem 4m². Com a reforma, somente serão admitidas peças de propaganda em bens particulares feitas em adesivo ou papel, que atendam aos requisitos legais de impressão e possuam tamanho não superior a 0,5m², conforme art. 37, §1º, da Lei nº 9.504/97.

Somado a isso, o art. 49 da Lei dos Partidos Políticos. Com a nova legislação, os partidos que tenham pelo menos um representante em qualquer das Casas do Congresso Nacional têm os seguintes direitos relacionados à propaganda partidária: **(i)** a realização de um programa semestral em cadeia nacional, com duração de: cinco minutos para os partidos que elegeram até quatro Deputados Federais; e dez minutos para os partidos que elegeram cinco ou mais Deputados Federais; e **(ii)** a utilização, por semestre, para inserções de trinta segundos ou um minuto nas redes nacionais e nas emissoras estaduais, do tempo total de: dez minutos para os partidos que elegeram até nove Deputados Federais; e vinte minutos para os partidos que elegeram dez ou mais Deputados Federais.

Dessa forma, o legislador reforçou a importância do tamanho das bancadas na Câmara dos Deputados como critério fundamental para a distribuição do tempo de propaganda partidária. Cabe destacar que o parágrafo 2º do art. 47 da Lei das Eleições originalmente previa que um terço do tempo seria dividido igualmente entre os candidatos, enquanto o restante seria dividido proporcionalmente ao número

de representantes dos partidos na Câmara dos Deputados. Porém, tal disposição foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2015.⁴⁵

A garantia de acesso gratuito aos meios de comunicação social constitui uma prestação estatal positiva, destinada a assegurar a paridade de armas entre candidatos e partidos, bem como a própria liberdade de expressão. O horário eleitoral garante às diferentes correntes políticas a possibilidade de se tornarem visíveis ao eleitorado, impedindo que os competidores mais abastados ou detentores de cargos políticos obtenham vantagens na disputa pelo acesso privilegiado aos meios de comunicação.⁴⁶ Dessa forma, ele atua como um reforço do pluralismo e da livre formação da opinião pública durante o período eleitoral.

Em contrapartida, a Corte Europeia de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tempo disponível para propaganda partidária na televisão no caso *Huggett Vs. Reino Unido*. O requerente era um candidato independente no Reino Unido concorrendo a uma cadeira no Parlamento Europeu. A BBC negou-lhe tempo de transmissão porque ele não era candidato de um partido político que disputasse pelo menos 12,5% dos assentos na eleição.

A Corte EDH concluiu que não houve violação aos direitos políticos porque o tempo disponível para transmissões políticas não é ilimitado e alguns critérios devem ser aplicados para a alocação justa do tempo de antena. Os critérios aplicados pela BBC para a concessão de tempo de transmissão para broadcasts políticas – ou seja, que os destinatários devem ser partidos que apresentem candidatos em pelo menos 12,5% dos assentos em uma eleição – são estabelecidos com o objetivo de facilitar a expressão pública de opiniões políticas que provavelmente sejam de interesse geral e que possuam algum apoio público.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, **Diário de Justiça Eletrônico**, 1º de out. 2010.

⁴⁶ MUÑOZ, Óscar Sánchez. **Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales**: una visión comparada. México: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

Na ausência de uma contestação por meio de revisão judicial aos critérios, a Comissão não vê qualquer arbitrariedade ou discriminação na aplicação desses critérios que possa conflitar com as disposições da Convenção Europeia. Em particular, não há indicação de que o requerente tenha sido tratado de maneira diferente de um pequeno partido político "reconhecido" que estava disputando apenas um assento nas eleições europeias.

Entre as principais mudanças da Reforma Eleitoral é as limitações ao financiamento de campanha. Assim, as campanhas deverão ser financiadas exclusivamente por doações de pessoas físicas e pelo Fundo Partidário, sendo proibido o financiamento por pessoas jurídicas. O financiamento público de partidos não é uma novidade na América Latina. De fato, alguns países tomaram a dianteira nesse aspecto: Uruguai em 1928, Costa Rica em 1954 e Argentina em 1955. Mas enquanto a maioria dos países latino-americanos teve que esperar por novos movimentos, em 1960, um número significativo de democracias ocidentais introduziu financiamento estatal de partidos e campanhas em várias formas e graus: Suécia (1965), Finlândia (1967), Dinamarca (1969), Noruega (1970), Itália (1974), Áustria (1975), Espanha (1977) e França (1988).⁴⁷

Na América Latina, uma série de escândalos relacionados ao financiamento de campanhas eleitoras desencadeou um movimento de reforma política em todo continente, uma vez que a corrupção é uma das principais preocupações dos países latino-americanos com a redemocratização. Embora cada país tenha sistemas de financiamento com formas distintas, devido à interrelação com fatores formais, políticos ou culturais, a existência de importantes semelhanças no financiamento político na América Latina permite elaborar um mapeamento das características mais relevantes desses sistemas. Predomina na região o sistema de financiamento misto, ou seja, os partidos políticos recebem tanto fundos públicos quanto privados para financiar suas campanhas eleitorais. Citam-se Venezuela, Guiana, Suriname, Belize e

⁴⁷ Disponível em:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694836/IPOL_STU\(2021\)694836_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694836/IPOL_STU(2021)694836_EN.pdf). Acesso em: 26.07.2024.

Bahamas como os únicos países da região que não possuem nenhum fundo público para financiar partidos políticos ou campanhas eleitorais.⁴⁸

Por um lado, entende-se que o estabelecimento de limites para gastos para os cargos é uma das formas de garantir a oportunidade igualitária entre os partidos. Óscar Muñoz entende que tal forma de regulação pode evitar que o dinheiro vulnere a legitimidade do pleito na medida em que desiguala os candidatos.⁴⁹ Nessa perspectiva, grandes quantias doadas poderiam distorcer a representação, haja vista que **(i)** facilita a eleição de candidatos ligados ao poder econômico; **(ii)** permite que o resultado das relações seja determinado pela quantidade das doações em detrimento das correntes políticas; e **(iii)** viabilizam um laço de dependência entre candidatos e doadores, de modo que tais representantes passam a ser mais responsivos à preferência de seus doadores, potencializando a corrupção e favorecimento indevido.

50

Por outro lado, reconhece-se que a regulação dos tipos de financiamento eleitoral possui consequências à liberdade de expressão.⁵¹ Primeiro, as imposições de limites às doações privadas produzem efeitos incidentais e indiretos sobre a propaganda e comunicação política dos candidatos e partidos, visto que reduz o fluxo de dinheiro para as campanhas e na capacidade dos candidatos em concorrer a cargos eletivos frente à ausência de visibilidade.⁵² Segundo, pois as contribuições de

⁴⁸ Disponível em: <https://www.idea.int/developmentzone.co/data-tools/data/political-finance-database>. Acesso em: 26.07.2024.

⁴⁹ MUNOZ, Óscar Sánchez. **La igualdad de oportunidades em las competiciones electorales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2007. p. 196-199

⁵⁰ OSORIO, Aline Rezende Peres. O direito eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão. 2015. 319 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 227

⁵¹ FALGUERA, Elin; JONES, Samuel; OHMAN, Magno. **Financing of Political Parties and Campaigns**. Electoral. A handbook on political finance. IDEA International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014. p. 22.

⁵² SALGADO, Enéida Desiree. Análise da Reforma Eleitoral a partir da Jurisprudência da Corte Interamericana. In: FERRREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 299-310, 2020.

campanha em si são mecanismos de expressão do próprio doador, sinalizando o apoio político a determinado candidato.⁵³

A Corte Europeia de Direitos Humanos já se manifestou sobre o financiamento de campanhas eleitorais. Apesar de não se manifestar expressamente sobre os regimes de financiamento, o Tribunal reconhece que o sistema de alocação de apoio público aos partidos políticos deve ser determinado pela legislação, de modo que a legislação deve garantir que a fórmula para a alocação de financiamento não proporcione um monopólio ou uma quantidade desproporcional de financiamento a um partido político.⁵⁴ Ao examinar se uma restrição de direitos políticos, a Corte se concentrou em dois critérios principais: se houve arbitrariedade ou falta de proporcionalidade; e se a restrição interferiu na livre expressão da opinião popular.⁵⁵

7. CONCLUSÃO

No presente trabalho, analisa-se a legitimidade de restrições aos direitos políticos à luz da convencionalidade da norma, utilizando como paradigma a Lei nº 13.165/2015, conhecida como “Lei da Reforma Eleitoral”. A jurisprudência da Corte IDH, reforça que os direitos políticos devem ser exercidos em condições de igualdade, e que qualquer regulamentação deve ser não discriminatória e promover a igualdade de oportunidades. À luz do entendimento dos sistemas de proteção de direitos humanos, a restrição dos direitos políticos e da liberdade de expressão nesse contexto são legítimos, visto que tem o condão de resguardar o pleito e o regime democrático. Inobstante a Corte Interamericana não ter se pronunciado acerca de restrições em campanhas eleitorais, o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos e outros diplomas de *soft law* fundamentam as restrições.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) v. Turkey** (Application no. 7819/03). Judgment. Strasbourg, 10 mai. 2012.

⁵⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Chamber judgment Orujov v. Azerbaijan**. Judgment. Strasbourg 26 jul. 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMAYA, Jorge. Democracia vs. Constitución. El poder del juez constitucional. Colecion de Textos Juridicos. Fundacion para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Buenos Aires, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3758/2006. Desembargador: Ministro Eros Grau. Diário de Justiça, Brasília, 17 de ago. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4451. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Diário de Justiça, Brasília, 21 jun. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5105/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, Diário de Justiça Eletrônico, 1º de out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 466.343-1/SP. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, Diário da Justiça Eletrônico, 5 jun. 2009.

CIDH. Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre Los Derechos Involucrados en la Protesta Social y las Obligaciones que Deben Guiar la Respuesta Estatal. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19. Setembro de 2019.

CONCEIÇÃO, Tiago de Menezes. Direitos Políticos fundamentais e Sua Suspensão por Condenações Criminais e por improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2012.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154.

CORTE IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220.

CORTE IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184.

CORTE IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C n.º 212.

CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custos. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C No. 107.

CORTE IDH. Caso López Lone e outros Vs. Honduras. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de outubro de 2015. Série C n.º. 302.

CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n.º 135.

CORTE IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155.

CORTE IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127.

CORTE IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A n.º 8.

CORTE IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A n.º 9.

CORTE IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5.

CORTE IDH. La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A n.º 6.

Corte IDH. OC-24/17. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. Sentença de 24 de novembro de 2017. Série A. No.24.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of Özgürlük ve Dayanışma Partisi (ÖDP) v. Turkey (Application no. 7819/03). Judgment. Strasbourg, 10 mai. 2012.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Chamber judgment Orujov v. Azerbaijan. Judgment. Strasbourg 26 jul. 2011.

FALGUERA, Elin; JONES, Samuel; OHMAN, Magno. *Financing of Political Parties and Campaigns. Electoral. A handbook on political finance*. IDEA International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2014.

FERRREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Altas, 2015.

LAUGA, Martín; RODRÍGUEZ, Juan I. García La campaña electoral: publicidad/propaganda, periodo, prohibiciones. In: Nohlen, Dieter et al. (Eds.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2. ed. México: FCE,

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Universidade de Heidelberg, International IDEA, 2007.

MAZZUOLI, Valério. Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUNÕES, Óscar Sánches. La igualdad de oportunidades em las competiciones electorales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2007.

MUÑOZ, Óscar Sánchez. Modelos de regulación de la comunicación de los actores políticos en las campañas electorales: una visión comparada. México: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

OSORIO, Aline Rezende Peres. O direito eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão. 2015. 319 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMIREZ, Sergio Garcia. El Control Judicial Interdo de Convencionalidad. Rev. IUS, Puebla, v. 5, n. 28, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27771.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2024.

REY CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de leyes. In: FERRER MAC-GREGOR, E.; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (Org.). La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. Tomo X: Derechos humanos y tribunales internacionales. México: UNAM-Marcial Pons-IMDPC, p. 393-418, 2008.

SAGUÉS, Néstor Pedro. Orbigaciones Internacionales y Controle de Convencionalidad. Estudios Constitucionales, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. Análise da Reforma Eleitoral a partir da Jurisprudência da Corte Interamericana. In: FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 299-310, 2020.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

STEINER, Chistian; URIBE, Patricia (Coord.). Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

POLÍTICAS DESENVOLVIMENTISTAS, RACISMO AMBIENTAL E ECOLOGIA DECOLONIAL: REFLEXÕES SOBRE A EXPLORAÇÃO AMBIENTAL NO MARANHÃO - BRASIL

Developmental Policies, environmental racism and decolonial ecology: reflections on environmental exploitation in Maranhão - Brazil

Daniela Lustosa Lopes¹

Universidade de Brasília | Universidade de Évora

DOI: <https://doi.org/10.62140/DLL6172025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Políticas Desenvolvimentistas no Maranhão; 3. Racismo Ambiental e Ecologia Decolonial; 4. Conclusão.

Resumo: Este artigo apresenta análises e resultados parciais de pesquisa realizada a nível de doutorado em Direitos Humanos e Cidadania, com foco em deslocamentos forçados e exploração ambiental no Maranhão, Brasil. A investigação examina os impactos das políticas desenvolvimentistas na região em que conceitos como racismo ambiental e injustiça climática estão sendo aprofundadas durante o período de doutorado-sanduiche na Universidade de Évora, Portugal. A problemática consiste na perpetuação do habitar colonial no Maranhão, em que o desenvolvimentismo e produtivismo na região, colabora para perpetuar desigualdades

¹ Doutoranda em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade de Brasília sob orientação da Prof^a Dra Christiane Machado Coelho. Em período de Doutorado-sanduiche na Universidade de Évora – Portugal pelo Programa de Desenvolvimento Acadêmico Abdias Nascimento sob orientação da Prof^a Dra. Marília Favinha. E-mail: danielalopes8@gmail.com. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2240-1772>.

sociais e intensifica gravames ambientais. Há uma necessidade de mudança no modelo de desenvolvimento que esteja em consonância com a interpretação sistemática da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, conforme os preceitos do artigo 225 e 186, II. A ecologia decolonial traz perspectivas nesse sentido, apontado para formas de existir que leva em conta o coletivo e a partilha. Nesse sentido, na contramão de um modelo exploratório centrado no lucro, os Guardiões da Floresta na Terra Indígena Araribóia atuam em prol da preservação do território, mas enfrentam grande represálias e ameaças às suas vidas. A metodologia utilizada incluiu pesquisa bibliográfica e documental, baseado principalmente em Malcom Ferdinand, Ailton Krenak e Sabrina Fernandes e análise de documentos oficiais da Comissão Pastoral da Terra (CPT).

Palavras-chave: Exploração Ambiental; Desenvolvimentismo; Racismo Ambiental; Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; Ecologia Decolonial.

Abstract: This article presents analyses and partial results of research carried out at doctoral level in Human Rights and Citizenship, focusing on forced displacement and environmental exploitation in Maranhão, Brazil. The investigation examines the impacts of developmental policies in the region in which concepts such as environmental racism and climate injustice are being further explored the academic mobility period at the University of Évora, Portugal. The problem lies on the perpetuation of “colonial habitation” in Maranhão, in which developmentalism and productivism in the region contribute to sustaining social inequalities and intensifying environmental burdens. There is a need for a change in the development model that is in line with the systematic interpretation of the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in accordance with the precepts of articles 225 and 186, II. Decolonial ecology brings perspectives in this sense, pointing to ways of existing that take into account the collective and sharing. In this sense, contrary to an exploratory model centered on profit, the Guardians of the Forest in the Araribóia Indigenous Land work to preserve the territory, but face great reprisals and threats

to their lives. The methodology used included bibliographic and documentary research, based mainly on Malcom Ferdinand, Ailton Krenak and Sabrina Fernandes and analysis of official documents from the Pastoral Land Commission (CPT).

Keywords: *Environmental Exploitation; Developmentalism; Environmental Racism; Ecologically Balanced Environment; Decolonial Ecology.*

1. INTRODUÇÃO

Este artigo, enquanto construção de pesquisa sendo desenvolvida em âmbito de doutorado-sanduíche visa apresentar resultados parciais até aqui desenvolvidos. A pesquisa ampara-se na temática dos Direitos Humanos e Cidadania, com enfoque em deslocamentos forçados e exploração ambiental no Maranhão, Brasil, em decorrência das políticas desenvolvimentistas implementadas na região. Nessa altura, o enfoque foi aprofundar-se nos conceitos de racismo ambiental e injustiça climática.

A problemática da pesquisa insere-se na visualização da continuidade do habitar colonial no estado do Maranhão, em que políticas desenvolvimentistas instauradas no local afirma um capitalismo racial, que pode ser apreendido a partir de marcadores sociais, como sendo um estado que mais possui autodeclarados pardos (Cardoso, 2023), com o segundo maior número de quilombolas do país (Fróes, 2023) e o estado mais pobre do Brasil (Maranhão, 2022) e um dos que mais sofre com a fome (Mapa, 2022). Enquanto território de recurso e nessa lógica colonial, possui mão de obra barata e pobreza, o que leva a ter grandes índices de trabalho análogo à escravidão (Maiores, 2023).

Nesse sentido, apresenta de que forma as políticas desenvolvimentistas desencadeiam os impactos ambientais e como isso vai contra o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da interpretação sistemática da Constituição nessa matéria. Somado a isso, amparado principalmente na literatura

de Malcom Ferdinand, Sabrina Fernandes e Ailton Krenak, interliga a realidade maranhense com conceitos decoloniais, ressaltando a importância do diálogo entre a luta antirracista com o dos movimentos ambientais e ecologistas.

Percebe-se a necessidade de um desenvolvimento que tenha como pressuposto a defesa do meio ambiente equilibrado, conforme os preceitos constitucionais e não pelo ímpeto colonial de explorar e padronizar ambientes e pessoas, valendo-se disso para estabelecer hierarquias e dualidades, mas que leva em consideração as singularidades e existências. Como exemplo, traz-se os Guardiões da Floresta, uma organização de resistência na Terra Indígena Araribóia, assim como dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT).

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica documental, pautada principalmente na literatura de Malcom Ferdinand, com a ecologia decolonial, Sabrina Fernandes, com ecossocialismo e Ailton Krenak para pensar um futuro possível relacionado ao meio ambiente equilibrado em consonância com a luta antirracista. Além disso, recorreu-se a documentos oficiais da Comissão Pastoral da Terra de e artigos sobre os Guardiões da Floresta.

2. POLÍTICAS DESENVOLVIMENTISTAS NO MARANHÃO

O Estado do Maranhão passou por uma série de mudanças econômicas em sua história. Uma característica muito proeminente nesta história é o fato de que os recursos advindos da exploração econômica local em seus períodos, ficavam a serviço de um pequeno grupo (Rolim Filho, 2016). Com a construção de Brasília e a necessidade de interligar o país com a construção da rodovia Belém – Brasília, a configuração econômica do Maranhão mudou, mas continuou tímida no sentido de retorno à sua população. Um território de recursos é o que melhor define o estado do Maranhão, assim como a antiga colônia brasileira (Fernandes, 1975) em que seu

potencial econômico que envolve desde a celulose, madeireiras, mineradoras e a sojicultura, está voltada ao mercado da exportação (Pacífico, Borges, Teles, 2020).

Duas grandes importantes institucionalizações são importantes de se compreender para visualizar de que forma as políticas desenvolvimentistas acontecem no maranhão, neste âmbito – pois há uma dimensão muito maior e complexa para defini-las. Trata-se da Amazônia Legal e do MATOPIBA.

A Amazônia Legal é decorrente da Lei 1806 de 6 de janeiro de 1953 com o intuito de povoar e desenvolver a região. Ela corresponde a quase 60% do território nacional e estão inseridos os estados do Amazonas, Acre, Amapá, Roraima, Pará, Mato Grosso, Rondônia, Tocantins e parte do estado do Maranhão (A Amazônia, 2022). A Amazônia Legal não diz respeito somente ao bioma amazônico, como também ao Cerrado e ao Pantanal. Essa institucionalização, além do seu objetivo inicial e principal, acarretou sendo referência para estudos de desmatamentos e marcadores sociais, logo, encontram-se muitas pesquisas acadêmicas cujo recorte geográfico remete a esse recorte.

[...]é possível afirmar que o acesso a recursos financeiros não garante a ampliação de liberdades, mas a falta deles impede seu acesso a elas. Assim, crescimento econômico de regiões e aumento de renda sustentam algum progresso, mas não necessariamente o desenvolvimento como liberdade, mesmo naqueles casos em que o sujeito acumula recursos. [...] A busca pela existência que se deseja como pessoa é marcada pela capacidade de o agente usufruir seu poder e autonomia em face das condições da vida. Fatores como fome, violência e pobreza funcionam como “fontes de privação de liberdade” (Pacífico, Borges, Teles, 2020, p. 1485).

O MATOPIBA por sua vez, representa a delimitação de uma fronteira agrícola que corresponde aos estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia, oficialmente reconhecidos pela Portaria nº244 de 12 de novembro de 2015, apesar de ser uma política em curso desde os anos 1980. O bioma predominante e o Cerrado em uma região que o preço das terras atraiu a expansão agrícola (Cabó, 2024).

Fronteira agrícola é uma área que ocorre um aumento nos investimentos e explorações agropecuárias, com uso de maquinários modernos, com larga produção de grãos como soja, milho e algodão (Pereira, Porcionato, Castro, 2018). Segundo esses autores, os investimentos no MATOPIBA acarretou em um crescimento econômico na região, mas com pouca presença de trabalhadores e sem aumento da distribuição de renda, reforçado a concentração de renda, com grande presença de multinacionais e proprietários fundiários.

Em conjunto com todos os investimentos, ações da Embrapa como implementação da calagem, existem os problemas que surgem com essa política desenvolvimentista:

Apesar do crescimento econômico, a expansão agrícola no Matopiba tem gerado conflitos políticos e ambientais, afetando tanto a população local, quanto a sociedade em geral. Os principais problemas são: uso excessivo de agrotóxicos, insegurança hídrica, desapropriação de terras, pobreza e destruição do Cerrado (Cabó, 2024).

O desmatamento possui índices preocupantes quando se fala tanto de Amazônia Legal, quanto de MATOPIBA, sendo que os índices de desmatamentos que este superou aquele no último ano. O Cerrado tem sido devastado principalmente pelo plantio da soja, sobretudo no estado do Maranhão (A Amazônia, 2022; Na Fronteira, 2021).

O Cerrado foi responsável por 61% do desmatamento no Brasil, enquanto a Amazônia registrou 25%. Mais de um milhão de hectares de vegetação nativa foram perdidos no Cerrado, representando um aumento de 68% em relação ao ano anterior. Quase todo esse desmatamento (97%) foi causado pela expansão da agropecuária. A região do Matopiba, sozinha, foi responsável por quase 47% da perda de vegetação no país, com cerca de 859 mil hectares devastados. Esses números alarmantes refletem a pressão intensa sobre o segundo maior bioma do Brasil (Cabó, 2024).

O setor industrial no Maranhão também continua crescendo, como a do alumínio, celulose e madeira, com os números de exportação cada vez maiores, somado a isso, a crescente da movimentação portuária. A economia e esses setores são crescentes no estado, com grande fluxo de pessoas e transportes.

Dados parciais de 2024 elaborados pela Comissão Pastoral da Terra apontam que no primeiro semestre de 2024 a violência por conta da contaminação dos agrotóxicos cresceu, totalizando 182 sendo que 156 casos ocorreram no Maranhão, pois as comunidades sofrem os efeitos da pulverização de veneno (Dados, 2024).

Além disso, o relatório parcial indica que os conflitos pela terra nas regiões de forte presença do agronegócio cresceram, como na Amazônia Legal e no MATOPIBA. Na Amazônia Legal a Comissão informa o registro de oito assassinatos do total de 11 em todo o país, dos 100 casos de desmatamento ilegal 76% aconteceram na região, em que as comunidades indígenas foram as principais afetadas. No MATOPIBA, houve aumento de diversas violências em comparação a 2023, sendo que o desmatamento legal teve um crescimento de 16,67% e ameaças de expulsão subiram em 150%. Dos incêndios criminosos identificados, metade foram causados por fazendeiros. O relatório também faz a menção da atuação do Estado e do impacto dos grandes empreendimentos em relação aos conflitos:

Os povos e comunidades do campo, das águas e das florestas também denunciam a atuação do Estado, que em suas diferentes esferas é também responsável pelos cenários da violência aliada à destruição ambiental. Os grandes empreendimentos, sejam eles para exploração de minério, petróleo e gás, geração de energia ou escoamento de *commodities*, são responsáveis por uma parcela considerável dos conflitos, vide o número de violências relacionadas não só à ausência de consulta prévia nos territórios, como a diversos outros impactos dessas atividades (Dados, 2024, sp).

Somado a esses dados, tem-se que uma das principais rodovias do Brasil, cuja construção mudou as características econômicas do estado, a rodovia Belém-Brasília, com grande fluxo de caminhões, sofreu um grave impacto no final do ano

de 2024. A ponte que liga os estados do Maranhão e Tocantins pela via, desmoronou, o que acarretou em catorze mortos confirmados e três desaparecidos (Após, 2025). O ocorrido é apenas um exemplo recente da negligência social que ocorre no Maranhão, a serem melhor discutidas no próximo tópico, assim como os conceitos de racismo ambiental e ecologia decolonial.

3. RACISMO AMBIENTAL E ECOLOGIA DECOLONIAL

Ao se deparar com os marcadores sociais do Maranhão, dentre eles os raciais, o conceito de racismo ambiental é inevitável de intrincar, sendo um dos estados com maior número de autodeclarados pardos, um com maiores autodeclarados pretos, e ainda, o estado mais pobre do país e um dos que mais sofre com a fome (Cardoso, 2023; Fróes, 2023; Maioria, 2023; Mapa, 2022; Maranhão, 2022). Somado a isso, o índice de desmatamento no Maranhão, quanto do Cerrado são muito altos, sendo o estado que mais desmatou em 2023 (Maranhão, 2024).

O termo racismo ambiental foi cunhado nos Estados Unidos na década de 1980 quando se notou que detritos eram descartados em bairros considerados de negros. Logo, a forma que gravames ambientais impactam de forma diferente as populações, é o que caracteriza o racismo ambiental. Acserald (2010) aponta que, quanto ao racismo ambiental, ocorre a utilização de locais vulneráveis socialmente para a prática de violações de Direitos Humanos, ou seja, são impactos não democráticos.

No Maranhão, além da população ser afetada com a pobreza, apesar de ser um dos estados que mais cresce economicamente devido ao crescimento da agropecuária, as comunidades quilombolas, indígenas e ribeirinhos também são intensamente impactados com o avanço dessa atividade no estado, pois o que coloca em questão, além dos impactos ambientais que contaminam os solos e rios, são os seus territórios, locais de pertencimento e de relação de territorialidade (Bonnemaison, 2002). O relatório da Comissão Pastoral da Terra aponta que são mais

de duzentos casos de conflitos agrários registrados e que a violência no campo do Maranhão é uma das maiores do Brasil e a maior no Nordeste (Conflitos, 2023).

Essa realidade contradiz inclusive preceitos constitucionais brasileiros em que de forma sistemática contém em seu teor a função socioambiental da terra, apreendidos da letra do artigo 225 e 186, II (Brasil, 1988), por exemplo:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

[...]

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

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.

Logo, a presença desses conflitos, ainda mais de uma forma tão intensificada, viola diretamente esses preceitos, com apropriação massiva dos territórios dessas comunidades, desmatamento para plantio de commodities, sem retorno expressivo para a população local e com desprezo ao modo de viver dessas comunidades tradicionais.

Os autores Malcom Ferdinand (2022), Ailton Krenak (2019; 2022) e Sabrina Fernandes (2023; 2025) possuem produções científicas que se debruçam sobre essas problemáticas e além disso, apontam qual caminho a ser tomado para que essa realidade se dissipasse, indo principalmente na mudança do modelo de desenvolvimento e no modo de habitar a terra.

Malcom Ferdinand discorre sobre o habitar colonial, em que é um modo de existir que depende das desigualdades econômicas e raciais, além do estabelecimento de uma hierarquia que fundamenta uma exploração massiva de territórios, humanos e não humanos. Há uma dualidade em tudo para que exista o melhor e o pior; o que vive e o que morre; o que possui valor e o que não possui. Nesse sentido, há uma

dualidade entre a natureza e o progresso, o urbano e industrial, sendo que a natureza está a serviço deste, é apenas um recurso.

Habitar colonial, segundo o autor, se própria de uma dupla fratura, que é a colonial e a ambiental, em que as consequências da colonialidade no mundo é vista como separada com o modo de agir no meio ambiente, ou seja, é como sendo diferente da luta ambiental e ecologista: “Por um lado, a fratura ambiental decorre desta ‘grande partilha’ da modernidade, a oposição dualista que separa natureza e cultura, meio ambiente e sociedade, estabelecendo uma escala vertical de valores que coloca o ‘Homem’ acima da natureza” (Ferdinand, 2022, p. 24).

Esse habitar colonial possui características que são indispensáveis para a sua continuidade, como a exploração das terras e da natureza, e o altericídio, ou seja, a morte do Outro, em um processo de padronização no ser e no pensar, a criação de um só caminho, uma só perspectiva histórica válida, apenas um modo de existir que seria o ideal. Apenas um modo de desenvolver. Nisso, cria um distanciamento entre o local colonial e o território de recursos, em que se cria uma “simpatia sem vínculo”:

Disso resulta uma simpatia-sem-vínculo em que os problemas dos outros de lá são admitidos sem, com isso, serem reconhecidos seus vínculos materiais, econômicos e políticos com o aqui. Portanto, é evidente que a história das poluições ambientais e dos movimentos ecologistas “na França” é pensada sem suas antigas colônias e seus territórios e departamentos ultramarinos, que a história do pensamento ecológico é concebida sem nenhum pensador Preto, que a palavra “antirracismo” não faz parte do vocabulário ecológico e, sobretudo, que essas ausências não sejam um problema (Ferdinand, 2022, p. 30).

Em continuidade, Ailton Krenak, no mesmo sentido que Ferdinand, se contrapõe na suposição da natureza como recurso, pois, partindo da sua identidade indígena, concebe a natureza como um ser que se relaciona, que toma caminhos, que renasce e ensina como viver. A dualidade do habitar colonial que Ailton Krenak ressalta, é a busca pelo urbano, pela cidade, e a contrapartida é a morte da natureza, em que rios precisam se transformar em hidrelétricas, são contaminados pelos

minérios, pelo garimpo e pelo pasto em troca de uma “riqueza” e assim, “O Brasil segue exportando sua água através de grãos e minérios” (Krenak, 2022, p. 15).

Sabrina Fernandes, por sua vez, nessa matéria, está alinhada com o ecossocialismo, um modelo que critica o desenvolvimentista e produtivista nos moldes atuais, que ou é amparado na exploração fóssil ou no capitalismo verde, mas que ambos levam para o mesmo fim, que é a destruição do planeta. O ecossocialismo fala de qualidade no lugar de quantidade, em que não seria possível mudar a realidade ambiental e social atual dentro de um sistema capitalista (Fernandes, 2023).

Os caminhos apontados por esses autores são congruentes e dialogam entre si, existindo uma concepção de mundializar ou “mundizar” no lugar da globalização, em que o caminhar leva em conta todas as comunidades e pessoas, suas necessidades e suas cosmovisões, uma vez que o “o habitar colonial cria uma terra sem Mundo” (Ferdinand, 2022, p. 56). Essa mundialização tem o mundo como horizonte, o viver coletivo, a partilha. A colonização ainda pauta um existir apartado, mas também resultou em uma outra ecologia, uma ecologia que ele chama de decolonial que pauta essa mundialização.

Sabrina Fernandes também pauta uma práxis ecológica a partir do Sul, como forma de ruptura com o modo produtivista do Norte, apartado do modo em que possui “lucros privados e impactos socializados” (Fernandes, 2023, p. 125). Para isso, também reivindica a inseparabilidade das lutas indígenas, quilombolas, antirracistas da luta ecológica.

Como exemplo de uma ecologia decolonial, os Guardiões da Floresta, grupo de indígenas em um cenário em que não se viram suficientemente amparados pelo Estado, organizaram-se para protegerem a Terra Indígena Araribóia, no estado do Maranhão, das ameaças contra ao território e ao meio ambiente nas suas terras, como também para a expulsão de madeireiros (Silva, 2022). Servindo desse modo, segundo Almeida e Martins (2022) como instrumento de regulação interna, assim como para lidar com os brancos, reivindicando uma autonomia. Tudo isso não ocorre de forma tranquila, resultando em muitas ameaças, assassinatos de indígenas e ataques ao território com queimadas, por exemplo (Polícia, 2018).

4. CONCLUSÃO

A partir das considerações realizadas, tem-se que a realidade maranhense é pautada por um percurso histórico sendo território de recurso sem o devido retorno social para sua população. As políticas desenvolvimentistas ali presentes possibilitam um retorno econômico, mas privado, e junto a ele, alto índice de conflitos agrários, devastação ambiental, ameaça às comunidades tradicionais e pobreza, ou seja, um modelo desenvolvimentista excludente e predatório.

Outro elemento presente nessa realidade, é o racismo ambiental, afetando diretamente comunidades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e outras comunidades tradicionais inclusive urbanas, como uma nítida exteriorização da continuidade do habitar colonial. Nesse sentido, autores como Malcom Ferdinand, Ailton Krenak e Sabrina Fernandes muito colaboram para pensar outros caminhos, principalmente outras formas de existir e de desenvolver, rompendo com os paradigmas colocados e pensar uma ecologia decolonial. A luta dos Guardiões da Floresta é um dos exemplos dessa práxis e ainda, da inseparabilidade das lutas sociais das lutas ambientais.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

A Amazônia Legal e o Futuro do Brasil: Um Raio-X dos 9 estados da região entre 2018 e 2022. Sinal de Fumaça, 2022. Disponível em: <https://www.sinaldefumaca.com/wp-content/uploads/2022/08/the-amazon-and-the-future-of-brazil.pdf>. Acesso em 09 fev. 2025.

ACSERALD, Henri. Ambientalização das lutas sociais: O caso do movimento por justiça ambiental. Estudos Avançados 24 (68), 2010.

ALMEIDA, Emerson Rubens Mesquita; MARTINS, Larissa dos Santos. “Os brancos não sabem”. A ignorância branca cultivada e a sagacidade tentear nas relações interétnicas. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 33-57, mai./ago. 2022.

APÓS queda da ponte entre MA e TO, cidade de Estreito sofre impactos negativos na economia. G1, 2025. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2025/01/13/apos-queda-da-ponte-entre-ma-e-to-cidade-de-estreiro-sofre-impactos-negativos-na-economia.ghtml>. Acesso em 09 fev. 2025.

BONNEMAISON, Joël. Viagem em torno do território. In: CORRÊA, Roberto Lobato; ROSENDAHL, Zeny (org.). Geografia Cultural: um século. Rio de Janeiro: Eduerj, 2002. p. 83-131.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 fev. 2025.

CABÓ, Carlos Diêgo Silva. Já ouviu falar em Matopiba? Politize, 2024. Disponível em: <https://www.politize.com.br/matopiba/>. Acesso em 07 fev. 2025.

CARDOSO, Rafael. Censo 2022: Maioria dos Maranhenses se declara parda e há crescimento entre indígenas e pretos. G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2023/12/22/cento-2022-maioria-dos-maranhenses-se-declara-parda-e-ha-crescimento-entre-indigenas-e-pretos.ghtml>. Acesso em 09 fev. 2025.

CONFLITOS no campo Brasil 2022. CEDOC Dom Tomás de Aquino – Comissão Pastoral da Terra, 2023. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/downloads/summary/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14302-livro-2022-v21-web>. Acesso em 09 fev. 2025.

DADOS parciais 2024: Violência no campo faz menos vítimas, mas os conflitos continuam em níveis elevados no 1º semestre. Comissão Pastoral da Terra, 2024. Disponível em: <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/noticias-2/6998-dados-parciais-2024>. Acesso em 09 fev. 2025.

FERDINAND, Malcom. Uma ecologia decolonial: pensar a partir do mundo caribenho. São Paulo: Ubu Editora, 2022.

FERNANDES, Florestan. Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FERNANDES, Sabrina. Ecosocialismo a partir das margens. In: SILVA, Arlindo Rodrigues e Suelma Ribeiro (org.). Ecosocialismo brasileiro: avanços e desafios. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2023. p. 123-140.

FERNANDES, Sabrina. O que fazer com minha ecoansiedade? The Ecocene, 2025. Disponível em: https://open.substack.com/pub/sabrinafernandes?r=55tmyd&utm_medium=ios. Acesso em: 28 fev. 2025.

FRÓES, Rafaelle. Maranhão tem a 2º maior população quilombola do Brasil, aponta levantamento inédito do IBGE. G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2023/07/27/maranhao-tem-a-2o-maior-populacao-quilombola-do-brasil-aponta-levantamento-inedito-do-ibge.ghtml>. Acesso em 09 fev 2025.

KRENAK, Ailton. Futuro Ancestral. Rio de Janeiro: Editora Companhia das Letras, 2022.

KRENAK, Ailton. Ideias para adiar o fim do mundo. Rio de Janeiro: Editora Companhia das Letras, 2019.

MAIORIA dos trabalhadores resgatados em situação análoga a escravidão no país é formada por maranhenses; número chega mais de 8 mil. G1, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2023/01/03/maioria-dos-trabalhadores-resgatados-em-situacao-analoga-a-escravidao-no-pais-e-formada-por-maranhenses-numero-chega-a-mais-de-8-mil.ghtml>. Acesso em: 09 fev. 2025.

MAPA da fome: pesquisa mostra onde estão as pessoas em insegurança alimentar no país. Brasil de Fato, 2022. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/09/14/mapa-da-fome-pesquisa-mostra-onde-estao-as-pessoas-em-inseguranca-alimentar-no-pais>. Acesso em 09 fev. 2025.

MARANHÃO é o estado com maior número de pessoas extremamente pobres, aponta IBGE. G1, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2022/12/03/maranhao-e-o-estado-com-o-maior-numero-de-pessoas-extremamente-pobres-do-brasil-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em 09 fev. 2025.

Maranhão é o estado que mais desmatou o cerrado em 2023, aponta INPE. G1, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2024/01/12/maranhao-e-o-estado-que-mais-desmatou-o-cerrado-em-2023-aponta-inpe.ghtml>. Acesso em 09 fev. 2025.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO.

Portaria nº 244, de 12 de novembro de 2025. Brasília, DF. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=8&data=13/11/2015&captchafield=firstAccess>. Acesso em: 09 fev. 2025.

NA Fronteira da (I)legalidade: Desmatamento e Grilagem no MATOPIBA. Org: AGUIAR, D; BONFIM, J; CORREIA, M. 2021.

PACÍFICO FILHO, Miguel, BORGES, Thelma Pontes, TELES, Marcela Pereira Lima, CANÇADO, Airton Cardoso. Cidades Médias na Amazônia Legal: Araguaína/TO, Imperatriz/MA e Marabá/PA – indutoras de desenvolvimento e desigualdades. *Redes. Revista do Desenvolvimento Regional*. 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=552068329002>. Acesso em: 09 fev 2025.

PEREIRA, Caroline Nascimento; Porcionato, Gabriela Lanza; CASTRO, Cesar Nunes de Castro. Aspectos socioeconômicos da região do MATOPIBA. *Boletim regional, urbano e ambiental*. IPEA, 2018. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8462/1/BRU_n18_Aspectos.pdf . Acesso em 09 fev. 2025.

POLÍCIA procura por responsáveis do incêndio em base da FUNAI no MA. G1, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/policia-procura-por-responsaveis-do-incendio-em-base-da-funai-no-ma.ghtml> . Acesso em: 09 fev. 2025.

ROLIM FILHO, Claudiomar Matias. *FORMAÇÃO ECONÔMICA DO MARANHÃO: de província próspera a estado mais pobre da federação. o que deu tão errado?*. 2016. 112 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia do Setor Público, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SILVA, Jairo da Silva e. Morte e vida Tenetehara: a luta dos guardiões da floresta. *Faces de Clio, Juiz de Fora*, v. 8, n. 16, p. 108-122, nov. 2022.

ENTRE A MEMÓRIA E A IMPUNIDADE: O ATENTADO DO RIOCENTRO (1981) E OS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL PÓS-DITADURA

Between Memory and Impunity: the Riocentro Attack (1981) and Human Rights in post-dictatorship Brazil

Danielle Barreto Lima¹

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP

DOI: <https://doi.org/10.62140/DBL6322025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Os Procedimentos Investigativos; 3. Da Impunidade; 4. Considerações Finais.

Resumo: O atentado do Riocentro, ocorrido em 30 de abril de 1981, é emblemático por sua ligação a agentes do Estado e pela impunidade que cercou as investigações relacionadas ao evento que, destaca-se, ocorreu durante a ditadura civil-militar brasileira (1964-1985). O atentado ocorreu na noite do dia 30 de abril de 1981: duas bombas de fabricação artesanal explodem, de forma premeditada, durante um show realizado no Rio de Janeiro (RJ), no centro de convenções Riocentro (Riocentro – Centro Internacional Riotur S.A.). O show, que contava com um público de cerca de 20 mil pessoas, foi organizado pelo Centro Brasil Democrático (Cebrade), que era ligado ao Partido Comunista Brasileiro (PCB). Neste contexto, este estudo é relevante para o campo dos direitos humanos porque examina a persistente impunidade em relação a crimes cometidos durante o regime militar no Brasil, com foco no atentado do Riocentro, que envolveu diretamente agentes do Estado e cuja apuração dos responsáveis foi prejudicada por obstáculos legais e políticos. O trabalho tem como objetivo analisar as falhas nas investigações e como o aparato jurídico e político da época foi instrumentalizado para proteger os responsáveis, perpetuando graves violações dos direitos humanos. Ao investigar como a impunidade e a falta de responsabilização ainda impactam a busca por verdade e justiça em relação a esses crimes, a pesquisa contribui para a compreensão dos desafios enfrentados na

¹ Doutoranda em Ciências Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Ciências e Letras da UNESP (FCLAr - Campus de Araraquara/SP). Advogada. E-mail: danielle.b.lima@unesp.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9470-3780>.

transição para a democracia e na construção de uma cultura de direitos humanos no Brasil. Além disso, a reflexão crítica sobre como os mecanismos legais, como a Lei da Anistia, podem ser usados para resguardar crimes de Estado, destaca a importância da memória, da reparação e da justiça para as vítimas de violações cometidas durante o período da ditadura civil-militar. A pesquisa é de natureza qualitativa, com análise documental e histórica de investigações realizadas sobre o atentado. Foram revisados três procedimentos investigativos (de 1981, 1999 e 2014), além de documentos da Comissão Nacional da Verdade e do Ministério Público Federal (MPF), com foco nos aspectos legais e sociais que impediram a punição dos envolvidos. Apesar das investigações posteriores revelarem incongruências no primeiro procedimento investigativo, o atentado do Riocentro não resultou em punições. A impunidade foi favorecida pela rede de proteção política e legal que envolvia tanto os perpetradores quanto os órgãos de inteligência da ditadura civil-militar.

Palavras-chave: Atentado do Riocentro; impunidade; direitos humanos; ditadura civil-militar; Lei da Anistia.

Abstract: The Riocentro attack, which took place on April 30, 1981, is emblematic due to its connection with state agents and the impunity that surrounded subsequent investigations. Notably, the event occurred during the Brazilian civil-military dictatorship (1964–1985). On that night, two homemade bombs exploded in a premeditated manner during a concert held at the Riocentro Convention Center (Riocentro – Centro Internacional Riotur S.A.) in Rio de Janeiro (RJ). The event, attended by approximately 20,000 people, was organized by Centro Brasil Democrático (Cebrade), an entity linked to the Brazilian Communist Party (PCB). In this context, this study is relevant to the field of human rights as it examines the persistent impunity surrounding crimes committed during the Brazilian military regime, focusing on the Riocentro attack, which directly involved state agents. The investigation into those responsible was systematically obstructed by legal and political barriers. This research aims to analyze the flaws in the investigative processes and how the legal and political apparatus of the period was instrumentalized to shield the perpetrators, thereby perpetuating severe human rights violations. By exploring how impunity and the absence of accountability continue to affect the pursuit of truth and justice regarding these crimes, this study contributes to understanding the challenges faced in Brazil's democratic transition and the development of a human rights culture. Additionally, it critically reflects on the role of legal mechanisms, such as the Amnesty Law, in safeguarding state crimes, emphasizing the importance of memory, reparation, and justice for the victims of violations committed during the civil-military dictatorship. This qualitative research is based on documentary and historical analysis of investigations into the attack. Three key investigative procedures (from 1981, 1999, and 2014) were examined, alongside documents from the National Truth Commission and the Federal Public Ministry (MPF), focusing on the legal and social factors that hindered the punishment of those involved. Although later investigations exposed inconsistencies in the initial inquiry, the Riocentro attack did not lead to any convictions. Impunity was reinforced by a network of political and legal protection that shielded both the perpetrators and the intelligence agencies of the civil-military dictatorship.

Keywords: Riocentro attack; impunity; human rights; civil-military dictatorship; Amnesty Law.

1. INTRODUÇÃO

A transição democrática no Brasil foi marcada por um processo que, ao evitar rupturas institucionais bruscas, permitiu a permanência de estruturas e agentes ligados à repressão da ditadura civil-militar (1964-1985). O atentado do Riocentro ilustra essa dinâmica ao evidenciar como setores do aparato repressivo buscaram manter a ordem autoritária e impedir a reabertura política.

Na noite do dia 30 de abril de 1981, duas bombas de fabricação artesanal explodem, de forma premeditada², durante um show realizado no Rio de Janeiro (RJ), no centro de convenções Riocentro, Riocentro–Centro Internacional Riotur S.A.. O show, ocorrido em virtude das comemorações do Dia do Trabalho, foi organizado pelo Centro Brasil Democrático (Cebrade), que era ligado ao Partido Comunista Brasileiro (PCB) e atuava na organização de eventos culturais do partido³. O show contava com um público de cerca de 20 mil pessoas. A explosão das bombas gerou impacto no local, e as análises periciais posteriores confirmaram a natureza dos artefatos utilizados no atentado, conforme registrado nos laudos técnicos e fotografias do caso:

Os fragmentos registrados pelas fotografias de fls. 84/85 e naquelas de fls. 206/211, bem como o Laudo de fls. 195/199 por elas ilustrado e que as enumera completamente, não deixam qualquer dúvida de que o engenho em causa era uma bomba-relógio, de fabricação artesanal e com dispositivo de detonação elétrico.⁴

A primeira bomba explodiu entre 21h15 e 21h20, no carro do capitão Wilson Luís Chaves Machado, que atuava no Departamento de Operações Internas — Centro de Operações para a Defesa Interna (DOI-CODI) do I Exército; junto

² Relatório preliminar de pesquisa da CNV sobre o caso Riocentro, 2014, p. 3.

³ Relatório preliminar de pesquisa da CNV sobre o caso Riocentro, 2014, p. 3.

⁴⁴ Inquérito Policial Militar nº 420/99, fl. 281, laudo de Antonio Carlos Villanova.

com ele no veículo, o sargento do Exército, Guilherme Pereira do Rosário, também agente do DOI-CODI do I Exército. Mais tarde, apurou-se que ambos estavam envolvidos na organização do atentado.

A bomba tinha como alvo provável o palco principal do evento⁵. Em virtude da explosão, o Capitão Machado se fere gravemente. O Sargento Rosário, que transportava a bomba sobre seu colo, morre na hora.

Misturado com as vísceras dilaceradas encontramos e retiramos fragmentos de metal branco, alguns fragmentos de algo que parece fibra de vidro, um pino de metal amarelo, uma junta de flanela vermelha, uma pequena roda dentada de metal branco, uma sonda de plástico branco, um fragmento de vidro branco e três fragmentos de fio branco envolto por plástico azul que os peritos determinam que se anexe ao presente auto para os devidos estudos periciais.⁶

A segunda explosão ocorreu em uma estação elétrica dentro do centro de convenções. A explosão ocorreu no pátio, sem causar interrupção de energia — e, consequentemente, sem a paralisação do show, o que causaria tumulto e pânico —, um objetivo previsto para essa bomba, conforme relatado nos Inquéritos Policiais Militares de 1981 e 1999. Além destas, havia mais duas bombas no carro⁷.

O atentado do Riocentro é um símbolo de como a impunidade permeia os crimes cometidos durante a ditadura civil-militar no Brasil. O objetivo é analisar como as investigações sobre o atentado evidenciam falhas sistemáticas na busca por justiça, além de refletir sobre os impactos da Lei da Anistia na proteção de crimes de Estado. Essa análise contribui para o campo dos direitos humanos, apontando os desafios da transição democrática e a construção de uma cultura de responsabilização e justiça.

Este artigo estrutura-se em quatro seções. Após esta introdução, a segunda seção analisa os três principais procedimentos investigativos sobre o caso: o IPM de 1981, o IPM de 1999 e a atuação do Ministério Público Federal em 2014. A terceira

⁵ Relatório preliminar de pesquisa da CNV sobre o caso Riocentro, 2014, p. 3.

⁶ Inquérito Policial Militar 1981 – Auto de exame cadavérico, fl. 87.

⁷ Denúncia referente ao PIC nº 1.30.001.006990/2012-37; Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro.

seção aborda os entraves à responsabilização dos envolvidos, com ênfase na Lei da Anistia, enquanto a conclusão sintetiza os principais achados da pesquisa e propõe reflexões sobre os impactos da impunidade na democracia brasileira.

2. OS PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS

Ainda que os procedimentos investigativos de 1999 e 2014 tenham apontado as incongruências do primeiro Inquérito Policial Militar (IPM) instaurado em 1981, os envolvidos permaneceram impunes. Esse cenário decorre do emaranhado social, político e legal que favoreceu a impunidade dos envolvidos no atentado, o qual poderia ter resultado em um número significativo de vítimas. Para a Comissão Nacional da Verdade, “uma operação foi montada para que não houvesse a apuração dos responsáveis pelo atentado do Riocentro”⁸.

O IPM foi instaurado logo após o atentado e arquivado apenas quatro meses depois. A condução desse processo foi marcada por interferências e irregularidades. Consta, em relatório da Comissão Nacional da Verdade, que:

O primeiro encarregado do IPM, o coronel Luiz Antônio do Prado Ribeiro, toma diversas providências para apurar os fatos. Sofre pressões e, com 15 dias de apuração, é substituído pelo coronel Job Lorena de Sant’Anna. A suspeição que pairou acerca da substituição do coronel Prado Ribeiro, com grande repercussão na imprensa da época, foi confirmada posteriormente por ele mesmo, em sede de Inquérito Policial Militar, em 1999, quando afirmou expressamente ter sofrido pressões e algumas insinuações de que deveria conduzir sua investigação de modo a concluir por uma autoria não identificada. Ressalte-se ainda, levando-se em conta os critérios de promoção e condecoração das Forças Armadas, que o coronel Prado Ribeiro, apesar de qualificado, não chegou ao generalato, diferentemente de seu substituto.⁹

⁸ Relatório preliminar de pesquisa da CNV sobre o caso Riocentro, 2014, p. 12.

⁹ Relatório preliminar de pesquisa da CNV sobre o caso Riocentro, 2014, p. 12 e 13.

A substituição precoce do coronel Luiz Antônio do Prado Ribeiro e as pressões relatadas evidenciam um padrão de interferência nas investigações relacionadas a crimes cometidos durante a ditadura civil-militar brasileira. A tentativa de direcionamento do inquérito para um desfecho inconclusivo reforça o caráter estrutural da impunidade, caracterizando uma rede de proteção que beneficiava agentes do Estado envolvidos em violações de direitos humanos.

As conclusões das investigações do IPM/81 apontam que “não há, pois, salvo melhor juízo, como inculpar os militares ocupantes no carro sinistrado” (fls. 656) e “que não era possível concluir quem havia sido autor do “crime que consistiu em introduzir artilhosamente o engenho explosivo no interior do carro, onde veio a explodir” (fls. 665).

O fato de o substituto, coronel Job Lorena de Sant’Anna, ter conduzido o inquérito de maneira a afastar a responsabilização direta dos militares envolvidos, aliado ao fato de sua ascensão hierárquica contrastar com a estagnação de Prado Ribeiro, sugere que a condução das investigações esteve condicionada não apenas por fatores jurídicos, mas por dinâmicas internas de poder e lealdade ao regime. Esse episódio ilustra como a perpetuação da impunidade não decorreu apenas de dispositivos legais, como a Lei da Anistia, mas também de mecanismos institucionais que inviabilizaram a responsabilização dos perpetradores.

Ao final, o inquérito é arquivado.

Ninguém foi punido.

O novo IPM instaurado em 1999 apontou falhas graves no inquérito anterior, destacando contradições e deficiências investigativas. Dentre elas, segundo o Corregedor da Justiça Militar que atuava neste novo IPM de 1999, houve a “contradição entre os resultados das primeiras perícias e as conclusões do relatório do IPM”¹⁰. Além disso, a investigação realizada em 1999 apontou a má condução das investigações pelo encarregado do IPM/81¹¹. Além do mais, muito embora o IPM/81 tenha conjecturado que os militares vitimados pela bomba no carro

¹⁰ Comissão Nacional da Verdade; Riocentro; Apresentação feita na audiência pública, 2014, p. 40

¹¹ Comissão Nacional da Verdade; Riocentro; Apresentação feita na audiência pública, 2014, p. 57

estivessem em serviço, não há, nos autos, documento oficial que aponte a veracidade desta informação.¹²

Não consta o documento relativo à saída dos militares nem depoimento do Chefe da Central de Operações, para se saber como o Cap. Wilson foi incluído na missão, porque o referido oficial declara que “recebeu ordem da chefia do Destacamento para cobrir o evento de trinta de abril, à noite, no Riocentro”¹³.

Apesar das evidências apuradas no novo IPM, a responsabilização dos envolvidos não ocorreu. Em maio de 1999, o Superior Tribunal Militar arquivou o caso, aplicando a Lei da Anistia de 1979, apesar de os fatos terem ocorrido posteriormente, em 1981.

Então, em 2014, o Ministério Público Federal (MPF) apresenta outra denúncia¹⁴.

Uma das conclusões apresentadas na denúncia oferecida pelo MPF, corroborando o que havia sido apontado em 1999, é que houve interferência no IPM instaurado em 1981, uma vez que, durante a tramitação deste primeiro inquérito, provas desapareceram e testemunhas e peritos foram ameaçados.

De acordo com a denúncia, um dos fatores de motivação para que alguns militares tenham se envolvido na organização do atentado foi o desprestígio vivenciado em virtude do desmonte dos órgãos de inteligência, haja vista que, com o processo de abertura política e o arrefecimento da luta armada contra o regime, as atividades exercidas por órgãos como o Serviço Nacional de Informações (SNI) e os Destacamentos de Operações de Informações (DOI) passaram a não ser tão necessárias. Os militares, então, receosos, passaram a atuar para criar uma situação que justificasse a volta da repressão para, consequentemente, manter a estrutura do

¹² Comissão Nacional da Verdade; Riocentro; Apresentação feita na audiência pública, 2014, p. 41

¹³ Representação do Corregedor da Justiça Militar em 24/08/81. IPM de 1999, f. 758.

¹⁴ Denúncia referente ao PIC nº 1.30.001.006990/2012-37; Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro.

Estado ditatorial. Além do elemento objetivo que era o desacordo com a reabertura democrática, um elemento subjetivo – a perda de supostos privilégios.

Acatada a denúncia apresentada pelo MPF, sob o entendimento de que os fatos estariam abarcados dentro do rol de crimes contra a humanidade e, portanto, eram imprescritíveis, o processo seguiria. A decisão que acatou a denúncia mencionava, entre outros pontos, que:

Os fatos narrados na denúncia ocorreram em 30 de abril de 1981: há exatos 33 anos, portanto. Tenho, porém, que a prescrição não ocorreu. Para tanto, parto de duas premissas importantes: (i) os crimes de tortura, homicídio e desaparecimento de pessoas, cometidos por agentes do Estado, como forma de perseguição política, no período da ditadura militar brasileira configuram crimes contra a humanidade; (ii) segundo princípio geral de direito internacional, acolhido como costume pela prática dos Estados e posteriormente por Resoluções da ONU, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis. [...] Passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental. Os fatos narrados na denúncia encontram-se, em tese, dentro deste contexto, na medida em que, segundo a tese ministerial, a ser submetida ao contraditório, o atentado a bomba descrito fazia parte de uma série de outros quarenta atentados a bomba semelhantes ocorridos no período de um ano e meio, direcionados à população civil, com o objetivo de retardar a reabertura política que naquele momento já se desenhava. Não por acaso teriam sido escolhidas as festividades do dia 1º de maio, no Riocentro, tidas como símbolo dos movimentos contrários à ditadura. Também a referendar essa ideia está a suposta tentativa de atribuir o atentado a movimentos de esquerda, narrada na inicial acusatória. Em suma, trata-se, ao que tudo indica, de um episódio que deve ser contextualizado, ao menos nesta fase inicial, como parte de uma série de crimes imputados a agentes do Estado no período da ditadura militar

brasileira, com o objetivo de atacar a população civil e perseguir dissidentes políticos.¹⁵

A aceitação da denúncia sob a fundamentação de que os fatos narrados configuram crimes contra a humanidade e, portanto, são imprescritíveis, demonstra um esforço institucional relevante na busca pela responsabilização penal de agentes estatais envolvidos em atos de terrorismo de Estado.

A argumentação apresentada na denúncia, ao destacar a tentativa de atribuir o atentado a movimentos de esquerda, reforça a tese de que a ação terrorista não se limitava a um ato isolado, mas integrava uma estratégia deliberada de desestabilização política por parte de setores militares contrários à abertura democrática. Essa constatação se alinha a uma característica recorrente de regimes autoritários: a fabricação de inimigos internos como justificativa para a manutenção da repressão. No entanto, a trajetória judicial do caso revelaria os limites estruturais da justiça de transição no Brasil e a prevalência de um arcabouço jurídico que, historicamente, resguarda agentes estatais de responsabilização por crimes cometidos durante a ditadura civil-militar.

Ao final, a denúncia apresentada pelo MPF não prosseguiu, entre outros pontos, pelo entendimento dos tribunais superiores¹⁶ de que os “fatos” objeto da ação estavam albergados pela anistia disposta no art. 4º, § 1º, da EC nº 26/1985, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, que ratificou a anistia de 1979. Além disso, um dos argumentos jurídicos que sustentou o trancamento da ação penal oriunda da última denúncia oferecida era a de que não havia ocorrido concurso do Estado no fato, ainda que a participação de agentes estatais estivesse demonstrada, o que descaracterizaria o crime de lesa humanidade.

O arquivamento posterior da denúncia, com base em uma interpretação controversa da Lei da Anistia e na suposta ausência de concurso estatal no atentado,

¹⁵ Processo nº 0017766-09.2014.4.02.5101 (2014.51.01.017766-5)

¹⁶ O Tribunal Regional Federal da 2ª Região concedeu habeas corpus determinando o trancamento da ação penal por, em suma, considerar extinta a punibilidade pela prescrição. Apresentados os recursos cabíveis às instâncias judiciárias competentes, a decisão do TRF-2 foi mantida (RECURSO ESPECIAL Nº 1.798.903 – RJ (2015/0256723-4)).

evidencia uma resistência sistêmica à superação do modelo de impunidade consolidado no país. Dessa forma, o caso do Riocentro emerge como um paradigma da ineficácia das medidas voltadas à responsabilização de crimes de Estado no Brasil. A decisão inicial, que reconheceu a imprescritibilidade dos atos, representou um importante precedente jurídico; contudo, os passos posteriores do judiciário reforçaram a permanência de mecanismos de silenciamento institucionalizados. A impunidade, nesse contexto, transcende a ausência de punição penal, tornando-se um elemento estruturante da cultura jurídica nacional e perpetuando o déficit de accountability estatal em relação às graves violações de direitos humanos cometidas no período ditatorial.

3. DA IMPUNIDADE

A Lei da Anistia de 1979 não apenas beneficiou os opositores do regime, mas também garantiu a impunidade dos agentes do Estado responsáveis por crimes durante a ditadura civil-militar. Sobre o contexto em que ocorreu a aprovação da Lei de Anistia, De Moraes Benedetti (2014, p. 93) aponta:

A melhor leitura do momento histórico da aprovação da Lei de Anistia evidencia o esvaziar das forças das frentes de resistência ao regime militar, os esgotamentos dos recursos para se enfrentar a ditadura, o medo cruel e justificado de perecimento da própria vida ante a não aceitação da anistia ampla, geral e irrestrita.

Para Bastos (2008, p. 603), a Lei da Anistia carecia de legitimidade, já que estava ausente a “representação da vontade popular em um Governo eleito pelos seus próprios cidadãos”. Na outra ponta, a forma como se deu o processo de abertura do regime ditatorial, de forma lenta, negociada, sem que de fato houvesse uma ruptura, explica a impunidade com relação aos crimes cometidos pelo regime.

Nesse cenário, a Lei da Anistia, aplicada à proteção dos acusados pelo atentado do Riocentro, reflete o contexto de sua aprovação, caracterizado pelo enfraquecimento da resistência ao regime militar e pela escassez de recursos para

enfrentá-lo. Esse cenário foi agravado pelo medo legítimo de represálias violentas, incluindo a ameaça à vida, que pressionaram a sociedade a aceitar uma anistia ampla, geral e irrestrita como uma condição para a transição democrática, ainda que isso implicasse a impunidade de graves violações de direitos humanos.

Nesse contexto de concessão da anistia, a atuação do aparato jurídico não apenas garantiu a proteção dos agentes estatais envolvidos no atentado do Riocentro, mas também evidenciou a instrumentalização das investigações para impedir a responsabilização dos responsáveis. Para a Comissão Nacional da Verdade:

O IPM de 1981, supostamente destinado a apurar as responsabilidades sobre o atentado, a partir de sua condução pelo coronel Job Lorena de Sant'Anna, foi manipulado com vistas ao estabelecimento de conclusões pré-definidas, tendentes a: (i) posicionar o capitão Wilson Machado e o sargento Rosário como vítimas; e (ii) encaminhar as investigações a uma conclusão de indefinição da autoria do atentado.¹⁷

A instauração e o rápido arquivamento do IPM/81 não podem ser atribuídos a meras deficiências investigativas, mas sim a uma estratégia deliberada de obstrução da verdade e preservação dos interesses do regime. O desfecho do inquérito omitiu evidências materiais e testemunhais que indicavam a participação ativa de agentes estatais, reforçando os mecanismos de autoimunização da ditadura, que, mesmo em seu declínio, ainda mantinha sua influência sobre as instituições encarregadas da persecução penal.

O relatório da Comissão Nacional da Verdade, ao apontar a manipulação da investigação, evidencia que o atentado do Riocentro não pode ser compreendido como um episódio isolado, mas como parte de um conjunto mais amplo de ações terroristas conduzidas pelo próprio aparato repressivo do Estado. A construção de uma versão oficial que apresentava os militares como vítimas evidencia a fragilidade

¹⁷ Relatório preliminar de pesquisa da CNV sobre o caso Riocentro, 2014, p. 3.

das instituições judiciais diante dos interesses do regime e a continuidade de redes de proteção que, décadas depois, ainda dificultam a responsabilização dos envolvidos.

Nesse sentido, o caso do Riocentro reafirma a necessidade de revisitar os limites impostos pela Lei da Anistia e a urgência da superação da impunidade como pilar da justiça de transição no Brasil.

A memória se traduz na luta por justiça para as vítimas das violações de direitos humanos durante a ditadura civil-militar, enquanto a impunidade reflete a instrumentalização de estruturas autoritárias e da Lei da Anistia para proteger os responsáveis por tais crimes. O caso do atentado do Riocentro torna-se um emblema dessa dicotomia, ilustrando não apenas os desafios enfrentados na busca por verdade e justiça, mas também os impactos da ausência de responsabilização na construção de uma cultura de direitos humanos no Brasil pós-ditadura.

Além disso, a impunidade do atentado do Riocentro reflete a disputa permanente entre memória e esquecimento no Brasil pós-ditadura, evidenciando como a ausência de responsabilização por crimes de Estado impacta a construção da memória coletiva. O silenciamento jurídico e político em torno do caso revela não apenas a resiliência das estruturas autoritárias no país, mas também a instrumentalização do direito para a manutenção de narrativas que favorecem os perpetradores. A memória, enquanto campo de disputa (Jelin, 2002; Pollak, 1992), torna-se um elemento central na justiça de transição, pois a omissão estatal na punição dos responsáveis pelo atentado perpetua a legitimação de ações repressivas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do atentado do Riocentro evidencia a persistência da impunidade como legado da ditadura civil-militar brasileira, refletindo as limitações da transição democrática no país. Desde o Inquérito Policial Militar de 1981 até o arquivamento da denúncia do Ministério Público Federal em 2014, o tratamento jurídico do caso evidenciou um padrão sistemático de obstrução da verdade e proteção institucional dos agentes estatais. A substituição de investigadores, a manipulação das conclusões oficiais e a interpretação ampliada da Lei da Anistia demonstram como o aparato

jurídico foi instrumentalizado para garantir a impunidade dos crimes cometidos pelo regime autoritário.

A perpetuação dessa impunidade não é um fenômeno isolado, mas parte de uma estrutura institucional. A ausência de responsabilização consolidou um ambiente de permissividade jurídica, favorecendo narrativas revisionistas que relativizam as graves violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado. Esse contexto compromete a construção de uma memória histórica fundamentada na verdade e na justiça, além de fragilizar a confiança na capacidade do sistema jurídico de enfrentar violações perpetradas por agentes estatais.

O caso do Riocentro exemplifica a utilização da Lei da Anistia como um escudo institucional para impedir a responsabilização penal e silenciar as vítimas das graves violações cometidas pelo Estado. A ausência de responsabilização não apenas compromete a justiça de transição, mas também perpetua padrões autoritários dentro das instituições de segurança e do sistema de justiça. A superação desse passado autoritário exige não apenas a responsabilização jurídica, mas também o fortalecimento de políticas públicas voltadas à preservação da memória e à garantia da não repetição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DOCUMENTOS:

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. A lei de anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, 2008.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório preliminar de pesquisa: caso Riocentro: terrorismo de Estado contra a população brasileira. Brasília, DF: Comissão Nacional da Verdade, abr. 2014.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Riocentro; Apresentação feita na audiência pública, 2014.

BRASIL. Justiça Federal. 06ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Processo n.º 0017766-09.2014.4.02.5101 (2014.51.01.017766-5). Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho. Rio de Janeiro, 13 maio 2014.

BRASIL. Justiça Militar. IPM/81 (Atentado do RioCentro, Fundo: Centro de Pesquisa e Documentação Social, BR SPAEL CPDS RC, Arquivo Edgar Leuenroth – UNICAMP)

BRASIL. Justiça Militar. IPM/99; Inquérito Policial Militar de 1999: representação criminal n.º 4-0-DF. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Denúncia referente ao Procedimento de Investigação Criminal n.º 1.30.001.006990/2012-37. Disponível em:

<http://www.prrj.mpf.mp.br/institucional/crimes-da-ditadura/atuacao-1>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.798.903 - RJ (2015/0256723-4). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 2015.

DE MORAIS BENEDETTI, Andréa Regina. Anistia, Inimigo e Judiciário: (im)possibilidades do acordo político no Estado de Exceção. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 64, p. 77-103, 2014

JELIN, E. Los trabajos de la memoria. Madrid: Siglo XXI, 2002.

LIMA, Danielle Barreto. CCC - Comando de Caça aos Comunistas: do estudante ao terrorista 1963-1980. 1. ed. São Paulo: Edições 70, 2021.

POLLAK, M. Memória e identidade social. Revista Estudos Históricos, v.5, n.10, p. 200-212, 1992.

BACKGROUND CHECK TRABALHISTA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Background check and employer's civil liability

Denise Fincato¹

PUCRS

Gabriel Ketzer²

PUCRS

DOI: <https://doi.org/10.62140/DFGK6462025>

Sumário: 1. Introdução; 2. *Background Check* Trabalhista; 3. Responsabilidade Civil do contratante no *Background Check*; 4. Legislação brasileira e seus desafios; 5. Conclusão.

Resumo: O estudo aborda o uso do Background Check no compliance trabalhista, destacando seu papel na análise pré-contratual de antecedentes de empregados e contratados. Apesar de legal em muitos países, a condução inadequada pode gerar riscos de responsabilidade civil devido ao tratamento de dados pessoais, especialmente diante da crescente digitalização. Combinando análise teórica e revisão jurisprudencial, a pesquisa enfatiza a necessidade de observância a princípios legais e

¹ Advogada trabalhista. Doutora e Pós-Doutora em Direito do Trabalho. Professora Titular e Pesquisadora do PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: dpfincato1@gmail.com

² Advogado, Especialista em Compliance e Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: gabriel.brum@rmmgadvogados.com.br

de proteção à privacidade, propondo práticas responsáveis para mitigar passivos jurídicos e éticos associados a essas verificações.

Palavras-chave: Background Check; Compliance trabalhista, Diligência prévia; Proteção de dados pessoais; Responsabilidade Civil.

Abstract: This study explores the role of Background Checks in labor compliance, emphasizing their use in pre-contractual evaluations of candidates' histories. While lawful in many jurisdictions, improper execution poses risks of civil liability, particularly in handling personal data amid increasing digitization. The research combines theoretical analysis with a review of current case law, highlighting the legal principles of legality, purpose, and transparency. It underscores the importance of adopting responsible practices to ensure privacy protection and mitigate potential ethical and legal liabilities.

Keywords: *Background Check*; Labor compliance; Due diligence, Data protection, Civil liability.

1. INTRODUÇÃO

No atual contexto social, onde o acesso prévio a informações sobre indivíduos é amplamente naturalizado, a prática de Due Diligence (ou Diligências Prévias) tornou-se frequente nas empresas, especialmente antes de decisões estratégicas. Entre as diversas modalidades dessa prática, o *Background Check* destaca-se no âmbito trabalhista, sendo amplamente utilizado na fase pré-contratual. Trata-se de uma triagem para verificar antecedentes e históricos profissionais de candidatos, com o objetivo de mitigar riscos e evitar passivos para as empresas.

Apesar de ser uma prática legal em vários países, o avanço tecnológico e a digitalização de dados pessoais aumentaram os desafios relacionados à proteção e ao

uso responsável dessas informações. A condução inadequada de Background Checks pode gerar sérios riscos de responsabilização civil para as empresas, transformando um mecanismo de mitigação de riscos em uma fonte de passivos jurídicos e éticos.

Diante disso, este artigo busca analisar as práticas de diligências prévias no compliance trabalhista, com foco na aplicação e nas consequências civis do uso inadequado de Background Checks. A pesquisa enfatiza a necessidade de garantir a proteção dos dados coletados e aborda exemplos práticos de aplicabilidade, além de explorar a jurisprudência recente sobre o tema. A abordagem dedutiva utilizada combina análise teórica do referencial bibliográfico com a investigação prática das decisões judiciais, propondo soluções para equilibrar mitigação de riscos e proteção de dados.

2. **BACKGROUND CHECK** TRABALHISTA

Para fins de melhor compreensão do tema objeto do presente estudo, necessário realizar uma abordagem conceitual do que a doutrina define como Background Check. Pode-se dizer que a prática se subdivide em dois processos, quais sejam: *know your customer* e *know your employee*³.

O presente artigo possui como enfoque o estudo da modalidade de diligência prévia conhecida como *know your employee*, o que não impede uma abordagem, ainda que breve, que apresente ambas as práticas para o leitor.

Os dois processos têm a finalidade de resguardar a organização, tanto de eventuais riscos em eventual contratação com potenciais clientes, como em relação à contratação de candidatos em processo seletivo, atendo-se a triagem a fatos e dados financeiros e de perfil, tanto do possível cliente quanto do possível empregado⁴.

O conceito de *know your customer* (KYC), ou conheça seu cliente, é amplamente utilizado no setor financeiro para se referir aos procedimentos utilizados

³ CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 122.

⁴ *Ibidem*.

pelas empresas para identificar e verificar a identidade e idoneidade de seus clientes, garantindo que seus negócios não estejam sendo usados para atividades ilegais, como lavagem de dinheiro ou financiamento ao terrorismo.⁵

No contexto do Direito do Trabalho, o KYC pode ser aplicado de maneira semelhante, mas com o objetivo de garantir a conformidade com as leis trabalhistas. Nesse cenário, é notório que uma empresa prestadora de serviços deve realizar uma revisão sistemática acerca da empresa tomadora de serviços que está por lhe contratar. Contudo, no viés trabalhista empresarial, contexto que o presente trabalho visa a explorar, é mais comum observar-se a necessidade de as empresas tomadoras de serviço terem atitudes preventivas e fiscalizadoras em relação às prestadoras, notoriamente em razão das relações terceirizadas e do dever de monitoramento, pela tomadora, da saúde financeira da empresa prestadora e do fiel e rotineiro cumprimento de seus compromissos trabalhistas.

De outra parte, temos o conceito de *know your employee* (KYE), o qual possui estreita ligação com a necessidade de buscar informações acerca do histórico do futuro colaborador da empresa, em processo seletivo.

Conforme define Ana Paula Canderolo, tão importante quanto conhecer a idoneidade de um cliente é conhecer a idoneidade do funcionário⁶.

No contexto empresarial, a busca de informações, via de regra, deve analisar se não existe conflito de interesses entre o candidato e o objeto social da empresa, bem como se não há nenhum empecilho legal para que o candidato ocupe o cargo, ou até mesmo, se o candidato não mantém nenhum tipo de relação comercial com a empresa ou mesmo com uma empresa concorrente.

Ocorre que a referida busca por informações por parte da empresa deve observar os limites estabelecidos pela legislação. Isto é, a empresa, em sua busca por

⁵ LAASCH, Oliver; CONAWAY, Roger. **Fundamentos da gestão responsável**: Sustentabilidade, responsabilidade e ética. Boston: Cengage Learning, 2015. p. 245.

⁶ CADEROLO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360 – riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan, 2012.

contratar um funcionário que seja íntegro, deve observar os limites constitucionais e legais, sob pena de responsabilização e dever de indenização.

Embora a legislação trabalhista brasileira não faça referência explícita ao conceito de "*know your employee*", algumas disposições legais se relacionam com a prática de coleta de informações sobre os funcionários, tal como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que estabelece regras para a coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais, incluindo informações sobre funcionários. A lei exige que as empresas obtenham o consentimento do titular dos dados para coletar e processar suas informações pessoais e também obriga as empresas a protegerem esses dados de acessos não autorizados, descartando-as tão logo quanto possível.⁷ Esse tema será abordado em tópico específico deste estudo, que tratará especificamente sobre a Lei supracitada.

Obviamente, existem outras hipóteses de verificação prévia do histórico dos candidatos a um cargo de emprego, constituindo-se como ponto de destaque, aqui, o fato de que não há um conceito claro de KYE na legislação trabalhista nacional, daí que a investigação para o fim de "*know your employee*" deva ser realizada com cautela, ciência do titular dos dados, atendendo à estrita finalidade e dentro dos estritos limites legais.

Assim, é certo que qualquer tipo de realização de *Background Check* deve ser feito por pessoas ou entidades capacitadas para a tarefa, sob pena de tornar uma prática vantajosa para empresa em um possível passivo, conforme será abordado no decorrer do presente trabalho.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONTRATANTE NO *BACKGROUND CHECK*

⁷ MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 251.

Não há dúvidas quanto a responsabilidade civil do empregador no trabalho subordinado, sendo, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, a relação de trabalho subordinado uma das mais complexas da sociedade, na medida em que o próprio direito admite a desigualdade fática entre os sujeitos⁸.

Em razão disso, outros doutrinadores, tais como Flávio Tartuce, referem que é preciso realizar uma abordagem diferenciada da responsabilidade civil na esfera trabalhista, visando uma interpretação que dialogue com a principiologia própria do Direito do Trabalho⁹.

Importante referir que a matéria em análise não é, propriamente, uma novidade no ordenamento jurídico pátrio. No Código Civil de 1916, a matéria já era disciplinada pelos artigos 1.521, III, 1.522, 1.523 e 1.524, onde era adotado o regime da culpa provada (onde o patrão ou comitente só seria responsabilizado pelos danos decorrentes de atos de seus empregados ou prepostos se ficasse provada uma conduta culposa de sua parte¹⁰).

Posteriormente, em virtude da alteração no entendimento jurisprudencial, passou-se a interpretar o art. 1.523 como se trouxesse uma presunção relativa de responsabilidade (Súmula nº 341 do STF). Apesar da possibilidade teórica de reverter essa presunção relativa, mediante prova em contrário, a análise das decisões jurisprudenciais aplicadas na prática revelava um rigor extremo na aceitação de tal prova exculpatória, demonstrando que, na verdade, praticava-se uma presunção absoluta de responsabilidade, já que, na prática, não se admitia que o empregador afastasse sua responsabilidade apenas provando que ele, empregador, não havia agido com negligência. Ora, presumir alguém responsável e não permitir que essa presunção seja desfeita significa, de fato, a adoção de um critério de responsabilidade objetiva,

⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil**, cit., p. 250-251.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647910. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Acesso em: 15 jun. 2024.

¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42

independente de culpa. E nesse sentido, efetivamente, a jurisprudência tem se orientado por muitas décadas, embora nem sempre expressando tal entendimento de forma explícita¹¹.

Resta claro que o empregador pode ser responsabilizado civilmente por um dano que atinja a esfera moral ou material de seu empregado, ou que afete terceiro, em razão do contrato de trabalho. Quanto ao tema, importante ressaltar que o empregador também responde, pelos atos praticados por seus prepostos, não se exigindo um vínculo laboral para que tal relação exista.¹²

Para que a culpa de um preposto seja reconhecida é necessário, tão somente que o comportamento ilícito do mesmo se contenha na esfera das atividades que lhe foram atribuídas pelo empregador ou contratante.¹³

Aplica-se para o empregador as disposições contidas no parágrafo único do artigo 932 do Código Civil “*São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932*”.

Dentro da presente temática é necessário ressaltar que, em contramão das disposições contidas na Lei 6.019/74, a LGPD é clara ao prever que a responsabilidade entre o controlador e o operador é solidária. O referido é importantíssimo para o presente estudo, na medida em que, mesmo em uma possibilidade de terceirização do processo investigatório prévio, o artigo 42 da LGPD estabelece que a responsabilidade da empresa tomadora é solidária. A única dúvida acerca do tema, e o que passamos a analisar, é se a referida responsabilidade é objetiva ou subjetiva¹⁴.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. p. 171-218.

¹⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. (Coleção teses de doutoramento). São Paulo: Grupo Almedina, 2020. p. 91.

Superada esta breve análise quanto ao dever do empregador de indenizar os danos causados por ele ou seus prepostos, necessário verificar qual modelo de responsabilidade civil deve ser adotada no caso ora analisado (*background check*).

Embora haja debate doutrinário e (em menor escala) jurisprudencial acerca do modelo de responsabilidade civil a ser adotado quando da ocorrência de dano material, há certa uniformidade quanto à necessidade da adoção da responsabilidade subjetiva do empregador quando se analisa o tema das indenizações por dano moral. Apenas para fins de conhecimento, refere-se que parte da doutrina sustenta a existência de um conflito entre os artigos 7º, XXVIII, da Constituição e o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, quando se está a falar de danos materiais, principalmente aqueles relativos às atividades de risco ou aos acidentes de trabalho onde é constatado o nexo de causalidade.¹⁵

Entretanto, tendo em vista o recorte metodológico proposto no presente estudo, é suficiente referir que os procedimentos de diligência prévia, em razão de sua natureza investigatória, tendem a provocar tão somente danos morais (ou extrapatrimoniais, conforme defende Facchini Neto¹⁶).

Apesar de não ser o enfoque principal da presente pesquisa, é necessário ressaltar que a prática reiterada de diligências prévias de maneira inescrupulosa e equivocada pode, inclusive, gerar a ocorrência de um dano moral coletivo. Por dano moral coletivo utilizemos o conceito de Carlos Alberto Bittar Filho, o qual sustenta que “*a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos*”¹⁷

Para melhor esclarecimento, existem casos de Ações Cíveis Públicas que visam inibir práticas de investigação prévia que são tidas como abusivas ou discriminatórias. Um exemplo é o ocorrido no processo nº ARR-260-

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647910.

¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. p. 171-218

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985.

51.2014.5.02.0052, em que uma empresa foi condenada ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) de indenização por danos morais coletivos por condicionar a manutenção do emprego à ausência de dívidas pessoais dos empregados.

Levando em conta o presente artigo possui seu recorte metodológico voltado para avaliar o mau uso de procedimentos de investigações prévias no contrato de trabalho subordinado, e a eventual responsabilidade civil decorrente de tal circunstância, pode-se afirmar que para o presente estudo há de se falar na adoção do modelo da reponsabilidade subjetiva, concordando com Barzotto, que refere que, em regra geral, em casos análogos, a regra geral de reponsabilidade do empregador é a prevista no artigo 186 do Código Civil, havendo necessidade de comprovação da culpa em caso de dano¹⁸.

3.1 Responsabilidade Civil do contratante no Background Check

Realizadas as introduções quanto à modalidade de reponsabilidade civil decorrente da utilização de procedimentos de diligência prévia nas relações trabalhistas, necessária uma abordagem mais profunda acerca das peculiaridades sobre a apuração da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais pré-contratuais na Justiça do Trabalho.

Para adentrarmos o presente tema, faz-se necessário uma breve disposição sobre os direitos de personalidade na Constituição Federal, bem como o reflexo destes nas relações de trabalho. Primeiramente, é certo que o contrato de trabalho, onde se inclui o processo seletivo como fase preliminar geradora de reflexos jurídicos, jamais poderá ser utilizado como meio legitimador de mitigação dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores¹⁹.

¹⁸ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Responsabilidade civil do empregador**. In: STURMER, Gilberto. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119.

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

Acerca do tema, Maurício Godinho Delgado refere o seguinte:

*A violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – no caso dos trabalhadores – e respectiva indenização pelos danos morais, são situações claramente passíveis de ocorrência no âmbito das relações de emprego, a exemplo do procedimento discriminatório, a falsa acusação de cometimento de crime, o tratamento fiscalizatório ou disciplinar, degradante ou vexatório, etc.*²⁰

Da verificação de tais conceitos tem-se que direitos fundamentais como o direito à privacidade, intimidade e honra, devem ser preservados quando da realização de qualquer procedimento investigatório em processos seletivos de vaga de emprego.

Desse modo, o dano moral pode ser abordado a partir de dois aspectos. O primeiro, em sentido estrito, guarda relação com o artigo 5º, V, e X, da Constituição Federal, onde se verifica a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, cujas eventuais violações geram o dever de indenizar. O segundo aspecto trata do dano moral em sentido amplo, os chamados “novos direitos” da personalidade, quais sejam, os direitos ao bom nome, reputação, sentimentos, relações afetivas, hábitos, convicções políticas, religiosas, entre outros. Em suma, é possível referir que o dano moral não se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo sua tutela também a todos os bens personalíssimos.

Em face da inexistência de norma específica na legislação trabalhista que tutele os direitos de personalidade do empregado, faz-se necessária a aplicação subsidiária do direito comum, autorizada pela norma contida no parágrafo único do art. 8º da CLT.

Contudo, não podemos olvidar a existência de entendimento doutrinário no que diz respeito a uma tutela indireta dos direitos de personalidade na CLT, através da redação do artigo 483. O referido artigo autoriza a rescisão indireta do contrato de

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2010. P. 583

trabalho quando o empregado for tratado pelo empregador ou por seu superior hierárquico, de forma a atingir sua honra ou de sua família, ou, ainda, quando for tratado com rigor excessivo²¹.

Existe, portanto, uma tutela aos direitos de personalidade do empregado que autoriza o deferimento de indenização por dano moral, por violações em relação a tais direitos.

Há ainda outra questão relevante no presente tópico, que versa acerca de um potencial conflito entre o poder diretivo do empregador e a reserva da intimidade e da vida privada do empregado. No presente aspecto há certo embate entre direitos fundamentais, na medida em que os direitos da personalidade, bem como o direito da propriedade estão devidamente assegurados no artigo 5º do texto constitucional.

Outrossim, a doutrina²² (e é possível afirmar que a jurisprudência majoritária²³ também) estabelece que o poder diretivo do empregador deve se atentar a princípios tais como a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, a carta magna, as leis, os contratos e as normas coletivas (cada vez mais em evidência após o julgamento do Tema nº 1046 do STF). Além disso, a boa fé e a função social da propriedade estabelecem outra linha limitadora no poder diretivo do empregador, haja vista que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa possui a intenção de assegurar a todos uma existência digna.²⁴

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 1131-1137

²² Exemplificativamente, autores tais como Luciano Martinez e Maurício Godinho Delgado sinalizam que os direitos assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados, motivo pelo qual o poder diretivo do empregador deve se ater aos direitos e garantias individuais, principalmente aqueles positivados em sede constitucional. (MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva. Ano 2024. São Paulo. p. 280 e DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2010.)

²³ Neste sentido as decisões nos processos nº RO - 0020276-47.2022.5.04.0001 e RR-110900-61.2009.5.05.0134, de onde se observa que tanto os Regionais, quanto o TST possuem entendimento que é possível limitar direito potestativo do empregador em caso de inobservância dos direitos de personalidade.

²⁴ HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 84

Assim entende-se que os direitos fundamentais da pessoa humana do trabalhador não podem ser objeto de negociação no contrato de trabalho ou instrumento coletivo, haja vista que são inalienáveis e oponíveis com eficácia *erga omnes*, razão pela qual não há dúvidas de que a reparação por danos extrapatrimoniais pode derivar de motivos extracontratuais (ou pré-contratuais).

Segundo Barzotto “o direito busca que o empregado seja protegido de danos, nos aspectos subjetivos da sua personalidade, durante toda a relação contratual: na contratação, durante a execução da prestação do serviço e após esta”.²⁵ Havendo a violação a direito da personalidade que seja potencialmente lesivo, ligada à conduta culposa ou dolosa do agente, é imputável a responsabilidade civil do empregador quando configurada a hipótese do art. 186 do Código Civil.

4. DA LGPD E DOS DADOS PESSOAIS NO *BACKGROUND CHECK*

Com o avanço tecnológico é cada vez mais frequente que as empresas tenham acesso a informações referentes aos candidatos de eventuais vagas de emprego, bem como sobre outras empresas com as quais pretendem manter uma relação.

Por certo, existe o entendimento que o empregador possui amplo controle organizacional dos bens e serviços da empresa, incluindo a prestação dos serviços pelo trabalhador, haja vista a natureza subordinada na atividade.

Contudo, tal controle não é capaz de legitimar qualquer desatenção ao tratamento dos dados, pelo empregador, de um empregado ou candidato a vaga de trabalho. O referido entendimento passa a vigorar com mais força a partir da inclusão

²⁵ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Responsabilidade civil do empregador**. p. 119.

do direito à proteção de dados no rol de direitos fundamentais, através da Emenda Constitucional 115/2022²⁶.

Da perspectiva das relações trabalhistas, a proteção de dados pessoais vai além da proteção aos direitos personalíssimos, na medida em que, muitas vezes, os dados coletados podem permitir amplo potencial discriminatório. Diante da referida problemática, é necessário adentrar as possibilidades que a legislação de proteção de dados autoriza o tratamento de dados pessoais.

Da redação do artigo 7º da LGPD, é possível identificar hipóteses em que é autorizado o tratamento de dados pessoais²⁷.

Parece um pouco arriscado para a boa prática que o empregador possa lidar com dados pessoais, os quais muitas vezes são sensíveis, sem que o titular autorize, de maneira expressa e consciente tal tratamento. Ainda mais arriscada é a utilização de dados pessoais sensíveis, especialmente *a posteriori*, de candidatos em processos seletivos sem a existência de um consentimento expreso prévio para tanto.

Acerca do presente tema há divergência, existindo autores que defendem que é possível a coleta e o tratamento de dados sem que haja o consentimento do candidato, desde que reste claro que ocorre para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador, quando necessários para a execução do contrato de trabalho, ou quando necessários para atender interesses legítimos do empregador²⁸.

²⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022**. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 29 de junho de 2024.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 22 jun. 2024

²⁸ CARLOTO, Selma; Cloezel, Livia. **LGPD e o Direito à privacidade dos trabalhadores**. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: análise setorial. São Paulo: Almedina, 2021.

Por certo existem inúmeros momentos na fase pré-contratual onde a empresa, seja por uma necessidade de preenchimento de dados médicos de candidatos ou por necessidade de cumprimento de uma determinação legal será compelida a tratar dados sensíveis. Por exemplo, é plenamente lícito que a empresa transmita os dados de determinado candidato para o Ministério da Economia, para fins de perfectibilização do contrato e cumprimento da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS). Trata-se de uma hipótese em que, em função da necessidade de cumprimento de uma obrigação legal, o consentimento do empregado para realizar tal compartilhamento é totalmente prescindível²⁹.

No presente ponto, independentemente de autorização legal, o empregador não pode violar o direito à autodeterminação informativa do titular de dados. A coleta deve se ater ao estritamente necessário para execução do contrato de trabalho, incluindo seus passos preliminares.

O que sem tem certeza é que, desde o processo de seleção, o empregador ocupa posição de controlador de dados pessoais, não só das pessoas que se tornarão seus empregados, mas também dos demais candidatos não selecionados. Em virtude de tal posição, não há dúvidas acerca de sua responsabilidade sobre a responsabilidade decorrente do tratamento dos dados pessoais coletados em um processo seletivo.

5. DAS PRÁTICAS DE DILIGÊNCIA PRÉVIA E A RESPONSABILIDADE

Por certo, da leitura dos tópicos anteriores, fica claro que existem limites para a realização de um processo investigativo em relação aos candidatos em processos seletivos empresariais. Contudo, também é certo que existe grande debate acerca de quanto e quando eventuais procedimentos investigatórios são permitidos.

²⁹ MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. p. 192.

Quanto ao tema, existe certa consciência de que as principais preocupações em um processo seletivo devem ser voltadas para a garantia de uma igualdade de oportunidades aos candidatos, visando práticas tais como a não discriminação, a transparência, a confiabilidade e a confidencialidade³⁰.

Contudo, outro ponto cada vez mais essencial no atual cenário das relações empregatícias é ter conhecimento acerca do perfil comportamental do candidato, buscando a mitigação de potenciais riscos de uma contratação.

Logo, cria-se uma possível dicotomia, na medida em que a empresa, na tentativa de selecionar um candidato íntegro, pode agir contra normas e princípios que protegem a privacidade, intimidade e honra dos candidatos.

No Brasil são, geralmente, proibidas condutas que excluem candidatos por idade, gênero, orientação sexual, religião, etc. Tais proibições, encontram guarida, por exemplo, no artigo 373-A da CLT, bem como no inciso XXX, do artigo 7º da Constituição Federal.

Portanto, deve-se ter grande atenção durante o processo seletivo de um trabalhador, para evitar práticas que possam ser consideradas discriminatórias. A discriminação na etapa anterior à formalização do vínculo empregatício pode ser configurada quando um empregado deixa de ser contratado por razões que não guardam qualquer tipo de relação com requisitos objetivos para ocupação do cargo, como por exemplo quando uma mulher é questionada se deseja engravidar³¹.

Outra conduta que não é autorizada pelo ordenamento jurídico pátrio é a realização de contato com o antigo empregador em busca de “referências” ou a exigência de atestados de antecedentes criminais de maneira injustificada.

Os exemplos de condenações por condutas similares a essas são inúmeros na jurisprudência pátria. No referido sentido:

³⁰ MARCONI, Aline Del Tedesco Nassif. **Compliance Trabalhista: como assegurar conformidade nas relações trabalhistas**, p. 57.

³¹ *Ibidem*

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES. EMPRESA DE GERENCIAMENTO DE RISCO. CADASTRO DE MOTORISTAS. DANO MORAL. Hipótese em que a questão trazida pelo Autor importa em utilização de cadastro incompleto ou desatualizado pela Reclamada, o que impediu a sua contratação, violando os princípios constitucionais da não discriminação, da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana. A exigência de apresentação de atestados de antecedentes criminais, causa constrangimento, humilhação e sofrimento psíquico. Indenização por dano moral e material devida.³²

Contudo, não se pode classificar a prática discriminatória através de um rol taxativo de condutas. A caracterização de uma conduta discriminatória na fase pré-contratual tem relação intrínseca com o contexto do cargo a ser ocupado pelo candidato.

Por exemplo, a depender do negócio explorado pela empresa, será lícito, ou não, exigir de eventual candidato a apresentação de certidão de antecedentes criminais³³. Há casos em que a legislação específica estabelece que o empregador não só possui autorização para coleta de um dado pessoal sensível, como possui a obrigação de buscá-lo.

Para fins exemplificativos, menciona-se o contido no artigo 59-A, da Lei nº 14.811, que determina que “as instituições sociais públicas ou privadas que desenvolvam atividades com crianças e adolescentes e que recebam recursos públicos deverão exigir e manter certidões de antecedentes criminais de todos os seus colaboradores, as quais deverão ser atualizadas a cada 6 (seis) meses”³⁴. O mesmo

³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020682-07.2019.5.04.0023**. 8ª Turma. Relator: Desembargador Luiz Alberto de Vargas, 22 junho. 2022. Disponível em: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5bzhQmYCskr1N1igCqY5FA?>. Acesso em: 22 junho. 2024.

³³ CARLOTO, Selma. Compliance Trabalhista. p. 125

³⁴ BRASIL. **Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024**. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

artigo estende a medida a “*estabelecimentos educacionais e similares, públicos ou privados, que desenvolvem atividades com crianças e adolescentes, independentemente de recebimento de recursos*”. Não havendo dúvidas acerca da necessidade de coleta de tais informações.

Em suma, como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também o direito à proteção de dados pessoais está submetido a limites e admite (ou mesmo exige) intervenções restritivas de diversas naturezas, sempre com o escopo – que opera como condição prévia de legitimação constitucional das restrições – de proteger outros direitos fundamentais ou bens jurídicos de estatura constitucional.³⁵

Outro exemplo de práticas que, em uma relação cotidiana, teriam um caráter discriminatório seria o requerimento de exame de gravidez para candidatas à uma vaga de emprego. Por certo a referida prática tem caráter discriminatório, com dano moral presumível. No referido sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EMPRESARIAL. EXAME DE GRAVIDEZ. PRÉVIA EXIGÊNCIA PARA FORMALIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO EM CTPS. DANOS MORAIS PRESUMIDOS. *A exigência do exame negativo de gravidez como condição prévia para o registro formal de funcionária nos quadros da empresa se afigura como abusiva, porque manifestamente discriminatória, independentemente de comprovação do efetivo constrangimento (in re ipsa), tal como reconhecida por ampla jurisprudência dos tribunais pátrios. Recurso desprovido*³⁶.

Contudo, mesmo uma prática com tamanho potencial discriminatório pode ser legal. Com base nos ensinamentos aqui explanados, há legítimo interesse e relação intrínseca com a vaga, no caso em que o emprego ofertado é, por exemplo, o de

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm. Acesso em: 29 de junho de 2024.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³⁶ ALAGOAS. Tribunal Regional do Trabalho. 19ª Região; Processo: 0000287-27.2023.5.19.0058; Data de assinatura: 14-06-2024; Órgão Julgador: Gab Des Laerte Neves - Segunda Turma; Relator(a): LAERTE NEVES DE SOUZA. Disponível em: <https://pje.trt19.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000287-27.2023.5.19.0058> Acesso em: 02 de julho de 2024.

técnico de radiologia, onde os estudos científicos comprovam o malefício de tal trabalho para os fetos.

Nessa medida, é possível afirmar que são lícitos determinados questionamentos, exames, ou outras exigências, que em uma condição cotidiana poderiam ser consideradas práticas ilegais, desde que encontrem relação íntima com a atividade que será desenvolvida.

6. CONCLUSÃO

A coleta e o tratamento de dados pessoais pelo empregador são indispensáveis no contexto das diligências prévias, como os Background Checks, mas devem observar rigorosamente os limites legais e éticos estabelecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e pelos princípios constitucionais que protegem a privacidade, a intimidade e a honra dos candidatos e empregados.

Embora essas práticas possam trazer benefícios, como a mitigação de riscos e a proteção das operações empresariais, o uso inadequado pode gerar responsabilidade civil significativa para o empregador, especialmente em relação a danos morais. A condução invasiva ou discriminatória de investigações pode resultar em reparações que comprometem a dignidade do trabalhador e expõem a empresa a consequências jurídicas.

A responsabilidade civil por danos morais nesse contexto decorre da necessidade de proteger direitos fundamentais, como a honra, a intimidade e a privacidade dos trabalhadores. Casos de discriminação, vazamento de dados ou constrangimento têm levado à condenação de empregadores que ultrapassam os limites de seu poder diretivo, conforme previsto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro.

Para evitar esses riscos, é essencial que as empresas adotem políticas de compliance claras e transparentes, com procedimentos rigorosos para coleta, armazenamento e tratamento de dados. Essas políticas devem ser complementadas

por treinamentos regulares para conscientizar os funcionários envolvidos sobre as implicações legais e éticas de suas ações, além de manter canais de comunicação abertos para esclarecer dúvidas de candidatos e empregados.

Por fim, a observância às normas legais e aos direitos de personalidade dos trabalhadores deve ser tratada não apenas como uma obrigação jurídica, mas como um compromisso ético das empresas. A adoção de práticas responsáveis contribui para preservar a integridade e a reputação organizacional, além de garantir o respeito aos direitos daqueles que compõem ou pretendem compor seu quadro de empregados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Responsabilidade civil do empregador**. In: STURMER, Gilberto. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1974]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 22 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 22 jun. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.** Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Acesso em: 29 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024.** Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 29 de junho de 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (6ª Turma). **Recurso de Revista nº 110900-61.2009.5.05.0134.** Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 10 de abril de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2a48ee1c34e03f886be1d4f016971787> Acesso em: 14 de outubro de 2024.

CADEROLO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360 – riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** São Paulo: Trevisan, 2012.

CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2019

CARLOTO, Selma; Cloezel, Livia. **LGPD e o Direito à privacidade dos trabalhadores.** In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: análise setorial. São Paulo: Almedina, 2021

CARVALHO, André Castro. **Manual de Compliance** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

LAASCH, Oliver; CONAWAY, Roger. **Fundamentos da gestão responsável: Sustentabilidade, responsabilidade e ética**. Boston: Cengage Learning, 2015

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. (Coleção teses de doutoramento). São Paulo: Grupo Almedina, 2020.

MARCONI, Aline Del Tedesco Nassif. **Compliance Trabalhista: como assegurar conformidade nas relações trabalhistas**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saint Paul, 2021

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva. Ano 2024. São Paulo.

MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0020682-07.2019.5.04.0023**. 8ª Turma. Relator: Desembargador Luiz Alberto de Vargas, 22 junho. 2022. Disponível em: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5bzhQmYCs kr1N1igCqY5FA?>. Acesso em: 22 junho. 2024.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000241-06.2013.5.04.0802**. 2ª Turma. Relator: Juiz Convocado Carlos Henrique Selbach, 23 set. 2020. Disponível em: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/YetL5jaCXIAPGvsweINE3Q?>. Acesso em: 22 junho. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647910. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Acesso em: 15 jun. 2024

IL *BACKGROUND CHECK* IN AMBITO LAVORATIVO E LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO

Background check and employer's civil liability

Denise Fincato¹

PUCRS

Gabriel Ketzer²

PUCRS

DOI: <https://doi.org/10.62140/DFGK6682025>

Riassunto: 1. Introduzione; 2. Il *Background Check* in ambito lavorativo; 3. La responsabilità civile del datore di lavoro nel *Background Check*; 4. La legislazione brasiliana e le sue sfide; 5. Conclusione.

Riassunto: Lo studio affronta l'utilizzo del Background Check nella compliance aziendale, evidenziando il suo ruolo nell'analisi precontrattuale dei precedenti dei dipendenti e dei collaboratori. Nonostante sia legale in molti Paesi, una gestione inappropriata può comportare rischi di responsabilità civile a causa del trattamento dei dati personali, in particolare in un contesto di crescente

¹ Avvocato del lavoro. Dottore e Ricercatore Post Dottorato in Diritto del Lavoro Professore Titolare e Ricercatore del PPGD presso Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Indirizzo mail: dpfincato1@gmail.com

² Avvocato, Specialista in Compliance e Studente di Laurea Magistrale in Giurisprudenza presso Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Indirizzo mail: gabriel.brum@rmmgadvogados.com.br

digitalizzazione. Combinando un'analisi teorica e una revisione legale, la ricerca sottolinea la necessità di rispettare i principi legali e di tutela della privacy, proponendo pratiche responsabili per mitigare le responsabilità legali ed etiche associate a tali controlli.

Parole chiave: Background Check; Compliance aziendale, Due diligence; Tutela dei dati personali; Responsabilità civile.

Abstract: This study explores the role of Background Checks in labor compliance, emphasizing their use in pre-contractual evaluations of candidates' histories. While lawful in many jurisdictions, improper execution poses risks of civil liability, particularly in handling personal data amid increasing digitization. The research combines theoretical analysis with a review of current case law, highlighting the legal principles of legality, purpose, and transparency. It underscores the importance of adopting responsible practices to ensure privacy protection and mitigate potential ethical and legal liabilities.

Keywords: *Background Check*; Labor compliance; Due diligence, Data protection, Civil liability.

7. INTRODUZIONE

Nell'attuale contesto sociale, in cui l'accesso preventivo alle informazioni sugli individui è ampiamente naturalizzato, la pratica della Due Diligence (o dovuta diligenza) è diventata frequente nelle aziende, soprattutto prima di decisioni strategiche. Tra le diverse modalità di questa pratica, il *Background Check* è di particolare rilievo in ambito lavorativo, ed è ampiamente diffuso nella fase precontrattuale. Si tratta di un processo di selezione volto a verificare i precedenti e

la storia professionale dei candidati, con lo scopo di mitigare i rischi ed evitare responsabilità per le aziende.

Nonostante sia una pratica legale in diversi Paesi, il progresso tecnologico e la digitalizzazione dei dati personali hanno aumentato le sfide legate alla protezione e all'uso responsabile di queste informazioni. L'attuazione inadeguata dei Background Check può comportare gravi rischi di responsabilità civile per le aziende, trasformando un meccanismo di mitigazione dei rischi in una fonte di responsabilità legali ed etiche.

Alla luce di quanto sopra, il presente lavoro si propone di analizzare le pratiche di due diligence in materia di compliance aziendale, analizzando l'applicazione e le implicazioni civili dell'uso inappropriato dei Background Check. La ricerca sottolinea la necessità di garantire la protezione dei dati raccolti e affronta esempi pratici di applicabilità, oltre ad esplorare la recente giurisprudenza in materia. Il metodo deduttivo utilizzato combina l'analisi teorica del riferimento bibliografico con l'indagine pratica delle decisioni giudiziarie, proponendo soluzioni per bilanciare la mitigazione dei rischi e la protezione dei dati.

8. IL *BACKGROUND CHECK* IN AMBITO LAVORATIVO

Per comprendere meglio l'oggetto di questo studio, è necessario adottare un approccio concettuale a ciò che la dottrina definisce come Background Check. Si ritiene che questa pratica possa essere suddivisa in due processi, vale a dire: *know your customer* e *know your employee*³.

Questo lavoro si concentra sullo studio della modalità di due diligence denominata *know your employee*, senza precludere un approccio, seppur sintetico, che presenti entrambe le pratiche al lettore.

³ CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista**. 1. ed. San Paolo: LTr, 2019. p. 122.

I due processi mirano a proteggere l'ente sia da eventuali rischi associati ai contratti con i clienti potenziali, sia nell'ambito dell'assunzione dei candidati durante il processo di selezione, prestando attenzione alla selezione dei fatti e dei dati finanziari e di profilo, sia del possibile cliente che del possibile dipendente⁴.

Il concetto di *know your customer* (KYC), cioè, conoscere il proprio cliente, è ampiamente utilizzato nel settore finanziario per descrivere le procedure utilizzate dalle aziende per identificare e verificare l'identità e l'idoneità dei propri clienti, assicurandosi che le loro attività non vengano utilizzate per fini illegali, come il riciclaggio di denaro o il finanziamento del terrorismo.⁵

Nel contesto giuridico-lavorativo, il KYC può essere applicato in modo simile, al fine di garantire il rispetto delle normative in materia di lavoro. In tale contesto, è noto che un'azienda fornitrice di servizi deve condurre una revisione sistematica dell'azienda committente che intende assumerla. Comunque, nel contesto aziendale, che il presente lavoro intende esplorare, è più comune osservare la necessità per le aziende committenti di adottare approcci preventivi di sorveglianza nei confronti delle aziende fornitrici, in particolare a causa delle relazioni di outsourcing e dell'obbligo di controllare, da parte della committente, la solidità finanziaria dell'azienda fornitrice e l'adempimento regolare e fedele dei propri obblighi lavorativi.

Dall'altro lato, emerge il concetto di *know your employee* (KYE) il quale è strettamente legato alla necessità di raccogliere informazioni sulla storia del futuro dipendente dell'azienda nel processo di selezione.

Come afferma Ana Paula Canderolo, così come è fondamentale conoscere l'idoneità di un cliente, è altrettanto essenziale conoscere l'idoneità di un dipendente⁶.

⁴ *Ibidem*.

⁵ LAASCH, Oliver; CONAWAY, Roger. **Fundamentos da gestão responsável**: Sustentabilidade, responsabilidade e ética. Boston: Cengage Learning, 2015. p. 245.

⁶ CADEROLO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360 – riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. San Paolo: Trevisan, 2012.

Nel contesto aziendale, la ricerca di informazioni di norma deve analizzare se vi sia conflitto di interessi tra il candidato e l'oggetto sociale dell'azienda, nonché se vi siano impedimenti legali all'assunzione del candidato, o addirittura se il candidato intrattenga rapporti commerciali con l'azienda, o con un'azienda concorrente.

È necessario che la ricerca di informazioni da parte dell'azienda rispetti i limiti stabiliti dalla legge. In altre parole, l'azienda, nella sua ricerca di assumere un dipendente integro, deve rispettare i limiti costituzionali e legali, pena la responsabilità e l'obbligo di risarcimento.

Sebbene la legislazione del lavoro brasiliana non faccia esplicito riferimento al concetto di *know your employee*, alcune disposizioni legali disciplinano la raccolta di informazioni sui dipendenti, come la Legge Generale sulla Protezione dei Dati Personali (LGPD), che stabilisce le normative per la raccolta, la conservazione e il trattamento dei dati personali, comprese le informazioni sui dipendenti. La legge obbliga le aziende a ottenere il consenso dell'interessato del trattamento relativamente alla raccolta e al trattamento dei suoi dati personali e le impone anche di tutelare tali dati da accessi non autorizzati, provvedendo alla loro eliminazione nel più breve tempo possibile.⁷ Tale questione sarà trattata in un capitolo dedicato di questo lavoro, che esaminerà in dettaglio la normativa sopra citata.

Evidentemente esistono altre ipotesi per verificare la formazione dei candidati a una posizione lavorativa, e il punto centrale, in questo caso, è che non esiste una definizione univoca di KYE nella legislazione nazionale sul lavoro, motivo per cui l'indagine finalizzata al *know your employee* deve essere condotta con cautela, con la consapevolezza dell'interessato del trattamento, nel rispetto delle finalità e dei limiti legali stabiliti.

Dunque, è fondamentale che qualsiasi tipo di *Background Check* sia effettuato da soggetti o enti debitamente qualificati, pena il rischio di trasformare una pratica

⁷ MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. San Paolo: Revista dos Tribunais, 2020. P. 251.

vantaggiosa per l'azienda in una potenziale responsabilità, come sarà esaminato nel corso del presente lavoro.

9. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO NEL *BACKGROUND CHECK*

Non vi è dubbio riguardo alla responsabilità civile del datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato. Secondo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, il contratto di lavoro subordinato è uno dei più complessi nella società, poiché la legge stessa riconosce la disuguaglianza di fatto tra le parti⁸.

Pertanto, altri studiosi, come Flávio Tartuce, sostengono che è necessario adottare un approccio differenziato alla responsabilità civile in ambito lavorativo, mirando a un'interpretazione che dialoghi con i principi stessi del diritto del lavoro⁹.

È fondamentale evidenziare che l'argomento in questione non rappresenta, in senso stretto, una novità nell'ordinamento giuridico brasiliano. Nel Codice civile del 1916, tale materia era già regolata dagli articoli 1.521, III, 1.522, 1.523 e 1.524, i quali prevedevano il regime della colpa accertata, secondo il quale il datore di lavoro o il committente sarebbero stati ritenuti responsabili dei danni derivanti dagli atti dei propri dipendenti o agenti ausiliari solo qualora fosse stato provato il loro comportamento colposo.¹⁰

Successivamente, in seguito a un mutamento della concezione giurisprudenziale, l'articolo 1523 è stato interpretato come contenente una presunzione relativa di responsabilità (Formula 341 del STF). Seppur teoricamente fosse possibile invertire tale presunzione relativa tramite prova contraria, l'analisi delle

⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil**, cit., p. 250-251.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. San Paolo: Grupo Jan, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647910. Disponibile presso: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Accesso il: 15 giu. 2024.

¹⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang, (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 42.

decisioni giurisprudenziali applicate nella pratica ha evidenziato un rigoroso criterio nell'accettazione di tali prove a discarico, evidenziando che, di fatto, veniva applicata una presunzione assoluta di responsabilità, poiché, infatti, non era consentito al datore di lavoro rinunciare alla propria responsabilità semplicemente dimostrando che non vi fosse stata negligenza da sua parte. Presumere la responsabilità di una parte senza consentire che tale presunzione venga invertita implica, di fatto, l'adozione di un criterio di responsabilità oggettiva, indipendentemente dalla colpa. La giurisprudenza si orienta in questo senso da diversi decenni, sebbene non sempre si esprima esplicitamente in tal senso¹¹.

È chiaro che il datore di lavoro può essere ritenuto civilmente responsabile per i danni che colpiscono la sfera morale o materiale del suo dipendente, o che colpiscono terzi, come conseguenza del contratto di lavoro. A questo proposito, va sottolineato che il datore di lavoro risponde anche degli atti compiuti dai propri dipendenti e che non è indispensabile l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato affinché tale responsabilità sussista.¹²

Affinché la colpa di un dipendente sia riconosciuta, è sufficiente che il suo comportamento illecito rientri nell'ambito delle attività assegnate dal datore di lavoro o dall'appaltatore.¹³

Al datore di lavoro si applicano le disposizioni di cui all'articolo 932, comma unico, del Codice civile: *“I coautori e le persone indicate nell'articolo 932 sono responsabili in solido con gli autori”*.

In questo contesto è fondamentale evidenziare che, contrariamente a quanto previsto dalla Legge 6.019/74, la LGPD stabilisce chiaramente che il controllore e l'operatore sono responsabili in solido. Questo aspetto è di particolare rilevanza per il presente studio, poiché, anche nel caso in cui il processo di indagine preliminare possa essere esternalizzato, l'articolo 42 della LGPD stabilisce che la responsabilità

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. p. 171-218.

della società mutualistica è solidale. L'unico interrogativo da esaminare è se tale responsabilità sia di natura oggettiva o soggettiva¹⁴.

A seguito di questa breve analisi del dovere del datore di lavoro di risarcire i danni causati da sé o dai propri dipendenti, si rende necessario esaminare quale modello di responsabilità civile debba essere adottato nel caso in esame (*background check*).

Sebbene esista un dibattito dottrinale e, sebbene in misura minore, giurisprudenziale sul modello di responsabilità civile da adottare in caso di danno materiale, esiste una certa uniformità nell'indicare la necessità di adottare la responsabilità soggettiva del datore di lavoro quando si affronta la questione del risarcimento dei danni morali. A titolo puramente informativo, si segnala che parte della dottrina sostiene l'esistenza di un conflitto tra gli articoli 7, XXVIII della Costituzione e l'articolo 927, unico comma, del Codice civile, quando si tratta di danni materiali, in particolare quelli relativi ad attività pericolose o ad infortuni sul lavoro in cui è accertato il nesso di causalità.¹⁵

Tuttavia, alla luce dell'ambito metodologico di questo studio, è opportuno osservare che, per la loro natura investigativa, le procedure di due diligence tendono principalmente a generare danni morali (o danni non patrimoniali, secondo quanto affermato da Facchini Neto).¹⁶

Sebbene non costituisca l'obiettivo principale di questa ricerca, è importante sottolineare che la pratica reiterata di due diligence condotte in modo spregiudicato e inadeguato può persino portare a un danno morale collettivo. In merito al danno morale collettivo, si fa riferimento al concetto proposto da Carlos Alberto Bittar

¹⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. (Raccolta di tesi di dottorato). San Paolo: Grupo Almedina, 2020. p. 91.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. San Paolo: Grupo Jan, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647910.

¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. p. 171-218.

Filho, secondo il quale *“la lesione ingiusta della sfera morale di una determinata comunità, ossia la violazione illegale di un certo gruppo di valori collettivi”*¹⁷

Per una maggiore chiarezza, sono stati registrati casi di azioni civili pubbliche finalizzate a inibire pratiche investigative pregresse ritenute abusive o discriminatorie. Un esempio di ciò è rappresentato dalla procedura n. ARR-260-51.2014.5.02.0052, in cui un'azienda è stata condannata a pagare R\$ 25.000,00 (venticinquemila reais) come risarcimento per danni morali collettivi, derivanti dalla condizione imposta ai dipendenti di non avere debiti personali per mantenere il posto di lavoro.

Considerato che l'obiettivo metodologico di questo lavoro è quello di valutare l'abuso delle procedure di indagine preventiva nei contratti di lavoro subordinato e l'eventuale responsabilità civile derivante da questa circostanza, si ritiene che questo studio debba adottare il modello della responsabilità soggettiva, in linea con quanto affermato da Barzotto, il quale sostiene che, di norma, la regola generale della responsabilità del datore di lavoro è quella sancita dall'articolo 186 del Codice Civile, con la necessità di provare la colpa in caso di danno¹⁸.

3.1. La responsabilità civile del datore di lavoro nel Background Check

Dopo aver introdotto il concetto di responsabilità civile derivante dall'uso delle procedure di due diligence nei rapporti di lavoro, si rende necessario un approccio più approfondito sulle peculiarità nella determinazione della responsabilità civile per danni non patrimoniali precontrattuali nei tribunali del lavoro.

Per approfondire tale argomento, è opportuno discutere brevemente i diritti della personalità sanciti dalla Costituzione federale e il loro impatto sulle relazioni lavorative. Innanzitutto, è indubbio che il contratto di lavoro, che include il processo

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. San Paolo: RT, 1985.

¹⁸ BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade civil do empregador. In: STURMER, Gilberto. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 119.

di selezione come fase preliminare con ripercussioni legali, non può essere utilizzato come strumento per giustificare la mitigazione dei diritti fondamentali garantiti ai lavoratori¹⁹.

A questo proposito, Maurício Godinho Delgado afferma quanto segue:

La violazione della privacy, della vita privata, dell'onore e dell'immagine delle persone – nel caso dei lavoratori – e il conseguente risarcimento dei danni morali, rappresentano situazioni che possono effettivamente verificarsi nel contesto dei rapporti di lavoro, quali, ad esempio procedure discriminatorie, false accuse di reato, trattamenti di supervisione o disciplinari degradanti o vessatori, ecc.²⁰

La verifica di questi concetti evidenzia che i diritti fondamentali, come il diritto alla privacy, all'intimità e all'onore, devono essere preservati durante l'attuazione di procedure investigative nei processi di selezione lavorativa.

Pertanto, il danno morale può essere analizzato sotto due prospettive. La prima, in senso stretto, si riferisce all'art. 5, V e X della Costituzione Federale, che garantisce l'inviolabilità della privacy, della vita privata, dell'onore e dell'immagine, la cui eventuale violazione dà luogo all'obbligo di risarcimento. La seconda prospettiva riguarda i danni morali in senso ampio, i cosiddetti "nuovi diritti" della personalità, che comprendono il diritto al buon nome, alla reputazione, ai sentimenti, alle relazioni affettive, alle abitudini, e alle convinzioni politiche e religiose, tra gli altri. Insomma, si può sostenere che il danno morale non si limita al dolore, alla pena e alla sofferenza, ma include anche tutti i beni di carattere personale.

In assenza di una specifica norma nel diritto del lavoro per la tutela dei diritti della personalità dei lavoratori, è necessario fare ricorso al diritto comune, in via

¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. San Paolo: LTr, 2008.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. San Paolo, LTr, 2010. P. 583

sussidiaria, come previsto dall'unico paragrafo dell'articolo 8 del CLT (Consolidamento delle Leggi del Lavoro brasiliano).

Tuttavia, è importante ricordare l'esistenza di un orientamento dottrinale che riconosce una tutela indiretta dei diritti della personalità all'interno del CLT, attraverso la disposizione dell'articolo 483. L'articolo in oggetto consente la risoluzione indiretta del contratto di lavoro nel caso in cui il lavoratore venga trattato dal datore di lavoro o dal suo superiore gerarchico in maniera tale da ledere il suo onore o quello della sua famiglia, o nel caso di un trattamento caratterizzato da eccessivo rigore²¹.

Pertanto, esiste una tutela dei diritti della personalità del lavoratore, la quale consente il risarcimento dei danni morali derivanti dalle violazioni di tali diritti.

Un ulteriore aspetto rilevante di questa tematica riguarda il possibile conflitto tra il potere direttivo del datore di lavoro e la tutela della privacy e della vita personale del dipendente. In questo contesto, si manifesta una certa tensione tra i diritti fondamentali, in quanto i diritti della personalità nonché il diritto di proprietà sono esplicitamente garantiti dall'articolo 5 della Costituzione.

Inoltre, la dottrina²² – e si può affermare che in buona parte, anche la giurisprudenza²³ – concordano sul fatto che il potere direttivo del datore di lavoro debba essere esercitato nel rispetto di principi fondamentali, quali la dignità della persona umana, i diritti della personalità, la Costituzione, le leggi, i contratti e le normative collettive (aspetto che sia divenuto ancora più evidente dopo la sentenza relativa al Tema n.º 1046 del STF). Inoltre, la buona fede e la funzione sociale della

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. p. 1131-1137

²² A titolo esemplificativo, autori come Luciano Martinez e Mauricio Godinho Delgado evidenziano che i diritti garantiti dalla Costituzione non solo vincolano direttamente i poteri pubblici, ma sono anche volti a tutelare gli individui dai poteri privati. Per tale motivo, il potere direttivo del datore di lavoro deve essere esercitato nel rispetto dei diritti e delle garanzie individuali, con particolare riferimento a quelli stabiliti dalla Costituzione. (MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva. Anno 2024. San Paolo. p. 280 e DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. San Paolo, LTr, 2010)

²³ In tal senso, le decisioni nei procedimenti n. RO - 0020276-47.2022.5.04.0001 e RR-110900-61.2009.5.05.0134 evidenziano che sia i tribunali regionali che il TST ritengono possibile limitare l'esercizio del diritto potestativo del datore di lavoro in caso di violazione dei diritti della personalità.

proprietà stabiliscono un ulteriore limite al potere direttivo del datore di lavoro, poiché l'ordinamento economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, mira a garantire a tutti un'esistenza dignitosa.²⁴

Resta quindi inteso che i diritti umani fondamentali del lavoratore non possono essere oggetto di negoziazione nel contratto di lavoro o nella contrattazione collettiva, in quanto sono inalienabili e possono essere rivendicati con efficacia *erga omnes*. Dunque, è indubbio che il risarcimento per danno non patrimoniale possa derivare da ragioni extracontrattuali (o precontrattuali).

Secondo Barzotto, “la giurisprudenza cerca di tutelare i lavoratori da danni agli aspetti soggettivi della loro personalità durante tutto il rapporto contrattuale: al momento dell'assunzione, durante l'esecuzione della prestazione e di seguito a essa”.²⁵ In caso di violazione di un diritto della personalità che possa risultare lesivo, derivante dalla condotta negligente o dolosa dell'agente, il datore di lavoro risponde civilmente, qualora ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 186 del Codice civile.

10. LA LGPD E I DATI PERSONALI NEL BACKGROUND CHECK

Con il progresso tecnologico, le aziende hanno sempre più frequentemente accesso a informazioni sui candidati a posti di lavoro vacanti, nonché su altre società con cui intendono intrattenere rapporti.

È sottinteso che il datore di lavoro eserciti un ampio controllo organizzativo sui beni e servizi aziendali, inclusa la prestazione lavorativa dalla parte del lavoratore, data la natura subordinata dell'attività.

Tuttavia, tale controllo non è in grado di giustificare l'inosservanza del trattamento dei dati, dalla parte del datore di lavoro, di un dipendente o di un

²⁴ HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. San Paolo: Atlas, 2009. p. 84

²⁵ BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Responsabilidade civil do empregador**. p. 119.

candidato a una posizione lavorativa. Questa concezione è stata rafforzata dall'inclusione del diritto alla protezione dei dati nell'elenco dei diritti fondamentali attraverso l'emendamento costituzionale 115/2022²⁶.

Dal punto di vista dei rapporti di lavoro, la tutela dei dati personali va oltre la protezione dei diritti personali, poiché i dati raccolti possono talvolta avere un ampio potenziale discriminatorio. In questo contesto, è necessario esaminare le circostanze in cui la legislazione sulla protezione dei dati consente il trattamento delle informazioni personali.

Dalla formulazione dell'articolo 7 della LGPD, è possibile identificare le ipotesi in cui il trattamento dei dati personali è autorizzato²⁷.

Sembra abbastanza rischioso, in termini di buone prassi, che un datore di lavoro possa trattare dati personali, spesso sensibili, senza ottenere un'autorizzazione esplicita e consapevole dalla persona interessata del trattamento. Ancora più rischioso è l'uso di dati personali sensibili, soprattutto *a posteriori*, nel contesto dei processi di selezione, senza il previo consenso esplicito dei candidati.

Su questo argomento esiste disaccordo, con alcuni autori che sostengono che è possibile raccogliere e trattare i dati senza il consenso del candidato, a patto che sia evidente che tale trattamento avviene per l'adempimento di un obbligo legale o regolamentare da parte del responsabile del trattamento, per l'esecuzione del contratto di lavoro, o per soddisfare gli interessi legittimi del datore di lavoro²⁸.

²⁶ BRASILE. **Emendamento Costituzionale N° 115, del 10 febbraio 2022**. Modifica la Costituzione federale per aggiungere la protezione dei dati personali tra i diritti e le garanzie fondamentali e per stabilire la competenza esclusiva dell'Unione a legiferare sulla tutela e il trattamento dei dati personali. Disponibile presso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,e%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Accesso il: 29 giugno 2024.

²⁷ BRASILE. **Legge n° 13.709, del 14 agosto 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, [2018]. Disponibile presso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Accesso il: 22 giu. 2024

²⁸ CARLOTO, Selma; Cloezel, Livia. **LGPD e o Direito à privacidade dos trabalhadores**. In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: análise setorial*. San Paolo: Almedina, 2021.

Naturalmente, durante la fase precontrattuale, esistono numerosi momenti in cui l'azienda, sia per la necessità di raccogliere i dati medici dei candidati, sia per adempiere a obblighi di legge, sarà costretta a trattare dati sensibili. Ad esempio, è perfettamente legale che l'azienda trasmetta i dati di un determinato candidato al Ministero dell'Economia al fine di finalizzare il contratto e adempiere al Rapporto Annuale di Informazione Sociale (RAIS). In questo caso, per l'esigenza di ottemperare a un obbligo legale, il consenso del dipendente per tale condivisione diventa totalmente prescindibile²⁹.

A questo proposito, indipendentemente dall'autorizzazione legale, il datore di lavoro non può violare il diritto all'autodeterminazione informativa dell'interessato del trattamento. La raccolta dei dati deve essere limitata a quanto strettamente necessario per l'esecuzione del contratto di lavoro, comprese le fasi preliminari.

È evidente che, fin dall'inizio del processo di selezione, il datore di lavoro è il titolare del trattamento dei dati personali, non solo delle persone che diventeranno suoi dipendenti, ma anche degli altri candidati non selezionati. In virtù di questa posizione, non vi è alcun dubbio circa la sua responsabilità per gli obblighi derivanti dal trattamento dei dati personali raccolti nell'ambito del processo di selezione.

11. LE PRATICHE DI DUE DILIGENCE E LA RESPONSABILITÀ

Dalla lettura degli argomenti precedenti emerge chiaramente che esistono limiti allo svolgimento di un processo di indagine nei confronti dei candidati durante le selezioni del personale. Tuttavia, è anche vero che vi è un ampio dibattito su quanto e quando tali procedure investigative siano consentite.

In merito a questo tema, c'è una consapevolezza che le preoccupazioni principali durante un processo di selezione debbano concentrarsi sulla garanzia di pari

²⁹ MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. p. 192.

opportunità per tutti i candidati, che mirano a pratiche quali la non discriminazione, la trasparenza, l'affidabilità e la riservatezza³⁰.

Tuttavia, un altro punto sempre più essenziale nell'attuale scenario dei rapporti di lavoro è la conoscenza del profilo comportamentale del candidato, con lo scopo di ridurre i potenziali rischi legati all'assunzione.

Si crea così una possibile dicotomia, poiché l'azienda, nel tentativo di selezionare un candidato onesto, potrebbe agire in modo contrario alle norme e ai principi che tutelano la privacy, l'intimità e l'onore dei candidati.

In Brasile, comportamenti che escludono i candidati sulla base di età, sesso, orientamento sessuale, religione e altri fattori sono generalmente vietati. Tali divieti sono sanciti, ad esempio, dall'articolo 373-A del CLT e dal punto XXX dell'articolo 7 della Costituzione federale.

Pertanto, è fondamentale prestare la massima attenzione durante il processo di selezione di un dipendente, per evitare pratiche che potrebbero essere considerate discriminatorie. La discriminazione nella fase pre-contrattuale può manifestarsi quando un candidato non viene assunto per motivi che non sono collegati ai requisiti oggettivi per ricoprire la posizione, come nel caso in cui a una donna venga chiesto se desidera avere figli³¹.

Altri comportamenti non autorizzati dall'ordinamento giuridico brasiliano includono il contattare l'ex datore di lavoro per ottenere "referenze" o la richiesta ingiustificata di certificati del casellario giudiziale.

La giurisprudenza brasiliana fornisce numerosi esempi di condanne per comportamenti simili. In questo senso:

*RIEPILOGO APPELLO ORDINARIO DELLE
PARTI. AZIENDA DI GESTIONE DEI RISCHI.
REGISTRAZIONE DI CONDUCENTI. DANNO*

³⁰ MARCONI, Aline Del Tedesco Nassif. **Compliance Trabalhista: como assegurar conformidade nas relações trabalhistas**, p. 57.

³¹ *Ibidem*

*MORALE. In questo caso, la questione sollevata dal ricorrente riguarda l'uso da parte del convenuto di un registro incompleto o obsoleto, che ha ostacolato la sua assunzione, violando i principi costituzionali di non discriminazione, valorizzazione del lavoro e dignità della persona umana. L'obbligo di presentare certificati del casellario giudiziale ha causato imbarazzo, umiliazione e sofferenza psicologica; Risarcimento per danno morale e materiale dovuto.*³²

Tuttavia, le pratiche discriminatorie non possono essere classificate utilizzando un elenco limitativo di condotte. La caratterizzazione della condotta discriminatoria nella fase precontrattuale è intrinsecamente legata al contesto della posizione che il candidato dovrà ricoprire.

Ad esempio, a seconda del settore in cui opera l'azienda, potrebbe essere lecito o meno richiedere a un potenziale candidato di presentare un certificato del casellario giudiziale³³. In alcuni casi, una normativa specifica stabilisce che il datore di lavoro non solo ha l'autorizzazione a raccogliere dati personali sensibili, ma ha anche l'obbligo di farlo.

A titolo esemplificativo, si fa riferimento a quanto previsto nell'articolo 59-A della legge n. 14.811, che stabilisce che “le istituzioni sociali pubbliche o private che svolgono attività con bambini e adolescenti e che ricevono fondi pubblici devono richiedere e mantenere i certificati del casellario giudiziale di tutti i loro collaboratori, i quali devono essere aggiornati ogni 6 (sei) mesi”³⁴. Lo stesso articolo estende tale obbligo agli “*istituti educativi e simili, pubblici o privati, che svolgono attività con bambini e*

³² RIO GRANDE DO SUL. Tribunale Regionale del Lavoro. 4ª Regione. **Appello Ordinario n° 0020682-07.2019.5.04.0023**. 8ª Collegio. Relatore: Giudice Luiz Alberto de Vargas, 22 giugno. 2022. Disponibile presso: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5bzhQmYCskrIN1igCqY5FA?>. Accesso il: 22 giugno. 2024.

³³ CARLOTO, Selma. Compliance Trabalhista. p. 125

³⁴ BRASILE. **Legge n° 14.811, del 12 gennaio 2024**. Stabilisce misure per proteggere i bambini e gli adolescenti dalla violenza negli istituti scolastici o simili, prevede la Politica nazionale di prevenzione e lotta all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei bambini e degli adolescenti e modifica il decreto legge n° 2.848, del 7 dicembre 1940 (Codice penale), e le leggi n. 8.072, del 25 luglio 1990 (Legge sui crimini efferati), e 8.069, del 13 luglio 1990 (Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza). Disponibile presso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Accesso il: 29 giugno 2024.

adolescenti, indipendentemente dalla ricezione di fondi?'. Non c'è dubbio sulla necessità di raccogliere tali informazioni.

In sintesi, come accade generalmente per i diritti fondamentali, anche il diritto alla protezione dei dati personali è soggetto a limitazioni e consente (o addirittura impone) interventi restrittivi di varia natura, sempre nell'ambito – che funge da presupposto per i limiti di legittimità costituzionale – finalizzati a tutelare altri diritti fondamentali o beni giuridici di rango costituzionale.³⁵

Un altro esempio di pratiche che, in una relazione quotidiana, assumerebbero un carattere discriminatorio riguarda la richiesta di un esame di gravidanza per le candidate a una posizione lavorativa. Questa pratica, infatti, ha sicuramente una natura discriminatoria, con un presunto danno morale. In questo senso:

APPELLO ORDINARIO AZIENDALE. ESAME DI GRAVIDANZA. REQUISITO PRELIMINARE PER LA FORMALIZZAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO IN CTPS. PRESUNTI DANNI MORALI. La richiesta di un esame di gravidanza negativo come requisito preliminare per l'assunzione di una dipendente appare abusiva, in quanto palesemente discriminatoria, indipendentemente dall'esistenza di una coercizione effettiva (in re ipsa), come riconosciuto da un'ampia giurisprudenza dei tribunali nazionali. Ricorso non fondato³⁶.

Comunque, anche una pratica con un potenziale discriminatorio di tale portata può risultare legittima. Sulla base degli insegnamenti esposti, sussiste un legittimo interesse e una connessione intrinseca con il posto vacante, qualora il lavoro

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³⁶ ALAGOAS. Tribunale Regionale del Lavoro. 19ª Regione; Processo: 0000287-27.2023.5.19.0058; Data della firma: 14-06-2024; Organo giudicante: Gab Des Laerte Neves - Secondo Collegio; Relatore: LAERTE NEVES DE SOUZA. Disponibile presso: <https://pje.trt19.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000287-27.2023.5.19.0058> Accesso il: 2 luglio 2024.

proposto sia, ad esempio, quello di tecnico di radiologia, in cui studi scientifici comprovano la pericolosità del lavoro per i feti.

In questa misura, è possibile affermare che determinate domande, esami o altri requisiti che nella vita quotidiana potrebbero essere considerati pratiche discriminatorie, possano essere leciti, purché strettamente pertinenti all'attività da essere svolta.

12. CONCLUSIONE

La raccolta e il trattamento dei dati personali da parte del datore di lavoro sono cruciali nel contesto della due diligence, come i Background Check, ma devono rispettare rigorosamente i limiti legali ed etici stabiliti dalla Legge generale sulla protezione dei dati personali (LGPD) e dai principi costituzionali che tutelano la privacy, l'intimità e l'onore dei candidati e dei dipendenti.

Pur essendo pratiche che offrono vantaggi, come la mitigazione dei rischi e la protezione delle attività aziendali, un loro uso improprio può comportare grave responsabilità civile per il datore di lavoro, soprattutto in relazione ai danni morali. Condurre indagini in modo invasivo o discriminatorio può dare luogo a risarcimenti che mettono a repentaglio la dignità del lavoratore, esponendo l'azienda a conseguenze legali.

La responsabilità civile per danni morali in questo contesto sorge dalla necessità di proteggere diritti fondamentali, quali l'onore, l'intimità e la privacy dei lavoratori. I casi di discriminazione, fuga di dati o imbarazzo hanno portato alla condanna di datori di lavoro che hanno superato i limiti del loro potere di gestione, come stabilito dall'articolo 186 del Codice civile brasiliano.

Per evitare tali rischi, è fondamentale che le aziende adottino politiche di compliance chiare e trasparenti, con procedure rigorose per la raccolta, la conservazione e il trattamento dei dati. Tali politiche devono essere integrate da una formazione continua per rendere i dipendenti coinvolti consapevoli delle implicazioni

legali ed etiche delle loro azioni, oltre a garantire canali di comunicazione aperti per chiarire i dubbi di candidati e dipendenti.

Infine, il rispetto delle normative e dei diritti personali dei dipendenti deve essere considerato non solo un obbligo legale, ma anche un impegno etico da parte delle aziende. L'adozione di pratiche responsabili non solo preserva l'integrità e la reputazione dell'organizzazione, ma assicura anche il rispetto dei diritti di chi compone o intende entrare a far parte del personale aziendale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI:

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. San Paolo: LTr, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Responsabilidade civil do empregador**. In: STURMER, Gilberto. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. San Paolo: RT, 1985.

BRASILE. **Legge n° 6.019, del 3 gennaio 1974**. Prevede il lavoro temporaneo nelle aziende urbane e altre disposizioni. Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, [1974]. Disponibile presso: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Accesso il: 22 apr. 2024.

BRASILE. **Legge n° 13.709, del 14 agosto 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidenza della Repubblica, [2018]. Disponibile presso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Accesso il: 22 giu. 2024.

BRASILE. **Emendamento Costituzionale N° 115, del 10 febbraio 2022**. Modifica la Costituzione federale per includere la protezione dei dati personali tra i diritti e le garanzie fondamentali e per stabilire la competenza esclusiva dell'Unione a legiferare

sulla tutela e il trattamento dei dati personali. Disponibile presso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%20115%2C%20DE,c%20tratamento%20de%20dados%20pessoais. Accesso il: sabato 29 giugno 2024.

BRASILE. **Legge n° 14.811, del 12 gennaio 2024.** Stabilisce misure per proteggere i bambini e gli adolescenti dalla violenza negli istituti scolastici o simili, prevede la Politica nazionale per prevenire e combattere l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei bambini e degli adolescenti e modifica il decreto legge n° 2.848, del 7 dicembre 1940 (Codice penale), e le leggi n. 8.072, del 25 luglio 1990 (Legge sui crimini efferati), e 8.069, del 13 luglio 1990 (Statuto dell'Infanzia e dell'Adolescenza). Disponibile presso: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm. Accesso il: 29 giugno 2024.

BRASILE. Tribunale Superiore del Lavoro (6ª Collegio). **Appello Ordinario n° 110900-61.2009.5.04.0802.** Relatore: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 10 aprile 2013. Disponibile presso: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#2a48ee1c34e03f886be1d4f016971787> Accesso il: 14 ottobre 2024.

CADEROLO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360 – riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** San Paolo: Trevisan, 2012.

CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista.** 1. ed. San Paolo: LTr, 2019

CARLOTO, Selma; Cloezel, Livia. **LGPD e o Direito à privacidade dos trabalhadores.** In: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira: análise setorial. San Paolo: Almedina, 2021

CARVALHO, André Castro. **Manual de Compliance** 3ª Edizione Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. San Paolo, LTr, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: o uso do e-mail no trabalho**. San Paolo: Atlas, 2009.

LAASCH, Oliver; CONAWAY, Roger. **Fundamentos da gestão responsável: Sustentabilidade, responsabilidade e ética**. Boston: Cengage Learning, 2015

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. (Raccolta di tesi di dottorato). San Paolo: Grupo Almedina, 2020.

MARCONI, Aline Del Tedesco Nassif. **Compliance Trabalhista: como assegurar conformidade nas relações trabalhistas**. 1ª Ed. San Paolo: Editora Saint Paul, 2021

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. Editora Saraiva. Anno 2024. San Paolo.

MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho**. San Paolo: Revista dos Tribunais, 2020.

Rio Grande Do Sul. Tribunale Regionale del Lavoro. 4ª Regione. **Appello Ordinario n° 0020682-07.2019.5.04.0023**. 8ª Collegio. Relatore: Giudice Luiz Alberto de Vargas, 22 giugno. 2022. Disponibile presso: <https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/5bzhQmYCsKr1N1igCqY5FA?>. Accesso il: 22 giugno. 2024.

Rio Grande Do Sul. Tribunale Regionale del Lavoro. 4ª Regione. **Appello Ordinario n° 0000241-06.2013.5.04.0802**. 2ª Collegio. Relatore: Giudice supplente Carlos Henrique Selbach, 23 sett. 2020. Disponibile presso:

<https://pesquisatextual.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/YetL5jaCXIAPGvsweINE3Q?>. Acesso il: 22 giugno. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. San Paolo: Grupo Jan, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647910. Disponibile presso: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647910/>. Acesso il: 15 giu. 2024

SECA E SOBREVIVÊNCIA: A INTERSEÇÃO ENTRE CRISE HÍDRICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA AMAZÔNIA

Drought and Survival: the intersection between water crisis and fundamental rights in the Amazon

Denison Melo de Aguiar¹

Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Helder Brandão Góes²

Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Priscila da Silva Souza³

Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

DOI: <https://doi.org/10.62140/DAHGPS6902025>

Resumo: A intensificação das secas na Amazônia revela um grave desequilíbrio ambiental que transcende a esfera ecológica, afetando diretamente os direitos fundamentais das populações que dependem dos recursos naturais da região. Este fenômeno se agrava a cada ano, e o desequilíbrio ambiental causado pelas secas afeta a biodiversidade e as populações humanas da região. Muitas espécies de plantas e animais, adaptadas a um ambiente úmido, não conseguem sobreviver às condições áridas, levando à perda de biodiversidade e ao colapso de ecossistemas inteiros. A morte de espécies-chave, como os peixes e os botos, que desempenham papéis críticos nas cadeias alimentares, pode desencadear uma reação em cadeia que afeta outros seres vivos e processos ecológicos, neste contexto, as populações tradicionais passam fome ou migram para os centros urbanos mais próximos. Neste contexto, o

¹ Professor do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. E-mail: denisonaguiarx@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203>.

² Mestrando no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail: heldergoes9780@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9768-7133>.

³ Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas. Advogada. Servidora Pública. E-mail: drapriscila1988@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-9007-546X>.

problema proposto na pesquisa perfaz: Como a seca e sobrevivência da biodiversidade de animais e plantas, bem como, as populações tradicionais têm suas vidas agravadas e quais as estratégias podem ser utilizadas para mitigar tais eventos? Este estudo tem como **objetivo** compreender as consequências ambientais da seca intensa que atinge a região amazônica, seus impactos na biodiversidade e socioeconômicos nas populações mais vulneráveis, bem como, o papel da educação ambiental na promoção da sustentabilidade hídrica, destacando a necessidade de ações integradas e baseadas em evidências. Um dos exemplos é que, Programas educativos nas escolas e campanhas de conscientização nas populações e nas cidades podem incentivar uma cultura de sustentabilidade e responsabilidade ambiental. A educação ambiental pode enfatizar a importância da conservação da água, o uso sustentável dos recursos naturais e as técnicas de manejo sustentável que podem ser aplicadas para mitigar os efeitos das secas. A **metodologia** perfaz uma pesquisa com abordagem qualitativa tendo por base pesquisa bibliográfica de livros, doutrinas e artigos científicos sobre o tema central. As principais **conclusões** apontam que a seca na Amazônia acarreta significativas alterações ambientais, incluindo a degradação de ecossistemas aquáticos e a redução da biodiversidade, exacerbando os efeitos das mudanças climáticas. Sob o ponto de vista socioeconômico, a escassez hídrica intensifica desigualdades e viola direitos fundamentais como o acesso à água potável, alimentação digna e à subsistência. O estudo evidencia que a educação ambiental, desperta a consciência da cidadania ecológica da população, sendo ferramentas essenciais para promover práticas sustentáveis, aliadas a políticas públicas e sociais que assegurem a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente.

Palavras-chave: Crise hídrica; Direitos fundamentais; Amazônia; Sustentabilidade hídrica; Educação ambiental.

Abstract: The intensification of droughts in the Amazon reveals a serious environmental imbalance that transcends the ecological sphere, directly affecting the fundamental rights of the populations that depend on the region's natural resources. This phenomenon worsens every year, and the environmental imbalance caused by droughts affects biodiversity and human populations in the region. Many species of plants and animals, adapted to a humid environment, cannot survive the arid conditions, leading to the loss of biodiversity and the collapse of entire ecosystems. The death of key species, such as fish and dolphins, which play critical roles in food chains, can trigger a chain reaction that affects other living beings and ecological processes. In this context, traditional populations go hungry or migrate to the nearest urban centers. In this context, the problem proposed in the research is: How does drought and the survival of animal and plant biodiversity, as well as traditional populations, have their lives worsened and what strategies can be used to mitigate such events? This study aims to understand the environmental consequences of the intense drought affecting the Amazon region, its impacts on biodiversity and socioeconomic impacts on the most vulnerable populations, as well as the role of environmental education in promoting water sustainability, highlighting the need for integrated and evidence-based actions. One example is that educational programs in schools and awareness campaigns among populations and cities can encourage a

culture of sustainability and environmental responsibility. Environmental education can emphasize the importance of water conservation, the sustainable use of natural resources, and sustainable management techniques that can be applied to mitigate the effects of droughts. The methodology consists of a research with a qualitative approach based on bibliographic research of books, doctrines, and scientific articles on the central theme. The main conclusions indicate that drought in the Amazon causes significant environmental changes, including the degradation of aquatic ecosystems and the reduction of biodiversity, exacerbating the effects of climate change. From a socioeconomic point of view, water scarcity intensifies inequalities and violates fundamental rights such as access to drinking water, decent food, and subsistence. The study shows that environmental education raises awareness of ecological citizenship among the population, being essential tools for promoting sustainable practices, combined with public and social policies that ensure the protection of human rights and the environment.

Keywords: Water crisis; Fundamental rights; Amazon; Water sustainability; Environmental education.

INTRODUÇÃO

A Amazônia, discernida por conter uma vasta biodiversidade e rica intersecção entre seus ecossistemas, combate uma crise hídrica inexorável que ameaça a sobrevivência das comunidades que dependem desses recursos, como também o próprio meio ambiente. Para mais, verifica-se que esse evento angaria proporções mais severas a cada ano, culminando em um desequilíbrio ambiental ocasionado pelas secas, afetando assim a biodiversidade e todos os indivíduos que habitam nessa da região. Diante disso, por meio desse agravamento da seca na região, evidencia-se como **problema** de pesquisa a seguinte indagação: Como a seca e sobrevivência da biodiversidade de animais e plantas, bem como, as populações tradicionais têm suas vidas agravadas e quais as estratégias podem ser utilizadas para mitigar tais eventos?

Essas indagações erguem-se em um cenário em que a crise hídrica afeta de forma desproporcional os grupos mais vulneráveis, como povos indígenas, ribeirinhos e pequenos produtores, que já combatem desafios diários para assegurar seu sustento e qualidade de vida. Dessa maneira, urge a imprescindibilidade de compreender essas consequências, bem como de edificar a formulação de estratégias eficazes que tenham por cerne minorar os danos ocasionados por esse fenômeno.

Este estudo tem como **objetivo** cêntrico compreender as consequências ambientais da seca intensa que atinge a região amazônica, seus impactos na biodiversidade e socioeconômicos nas populações mais vulneráveis, bem como, o papel da educação ambiental na promoção da sustentabilidade hídrica, exacerba a necessidade de ações integradas e fundamentadas em evidências.

Nessa conjuntura, ao se analisar as intersecções existentes entre as mudanças climáticas, a conservação da biodiversidade e a sobrevivência humana, evidencia-se a primordialidade da existência de ações integradas que promovam a sustentabilidade hídrica, vez que, a crise hídrica, com suas mais diversificadas dimensões, acentua a importância de empreendimentos que gerem soluções para recuperar o equilíbrio do ecossistema, fomentando de forma coexistente o respeito pelos direitos fundamentais das comunidades que habitam a Amazônia. Diante do exposto, as **conclusões** predecessoras deste estudo denotam que a crise hídrica é um fenômeno hermético que agrava as desigualdades sociais e ambientais na Amazônia, atingindo de forma direta a saúde, a segurança alimentar e as práticas culturais dessas comunidades, bem como, para combater essa crise, necessário se faz a utilização de estratégias que abarquem o conhecimento tradicional das populações locais com tecnologias sustentáveis.

Dessa forma, revela-se incontestável que é imprescindível que exista a cooperação entre as comunidades, o governo e organizações não-governamentais para a edificação de políticas públicas que assegurem o acesso à água potável, a proteção dos ecossistemas e a promoção de práticas agrícolas sustentáveis.

Concisamente, a peleja contra a seca na Amazônia é uma questão que perpassa a trivial disponibilização de água potável, indo mais além, retrata um movimento em salvaguarda da vida, da biodiversidade e da cultura amazônica. Logo, crucial se faz que as iniciativas para atenuar os impactos da crise hídrica levem em consideração as singularidades locais, promovendo um desenvolvimento que respeite os direitos e saberes das comunidades tradicionais, assegurando a preservação da Amazônia para as futuras gerações.

1. IMPACTOS DA CRISE HÍDRICA NAS COMUNIDADES AMAZÔNICAS

A Amazônia, comumente reconhecida por sua colossal biodiversidade exuberante e ecossistemas interligados, combate de forma alarmante uma crise hídrica progressista que atemoriza as comunidades que necessitam diretamente de seus recursos hídricos, como também o próprio meio ambiente, sendo que, *“Pequenas comunidades, especialmente para os povos indígenas, ribeirinhos Amazônicos, pequenos produtores de alimentos, pessoas de baixa renda, famílias com crianças, idosos e mulheres grávidas são mais particularmente afetadas”*⁴. Diante disso, ao se escrutinar os impactos da crise hídrica nas comunidades amazônicas, verifica-se o quão grave é esta problemática, como também o quanto de impacto desproporcional recai sobre as comunidades mais vulneráveis que acabam tendo por meio de sobrevivência e manutenção recursos oriundos desses recursos.

Nessa conjuntura, a crise hídrica na Amazônia tem como consequência uma aglutinação de fatores, entre os quais se salientam as mudanças climáticas, o desmatamento e a degradação ambiental. Em conformidade com o Sexto Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)⁵, revelou-se que as alterações climáticas ocasionadas pela ação humana têm levado ao fomento de ocorrências meteorológicas e climáticas extremas, resultando assim em fatalidades, como mortes, e em impactos profusos advindos de desastres.

Diante disso, a incrementação das temperaturas globais e as modificações nos padrões de precipitação acabam por culminar em secas extremas em algumas regiões, ao passo que outras enfrentam inundações. Por meio dessa mutabilidade climática, há uma prejudicialidade nos ciclos hidrológicos, vez que, servem como sustentáculos para a vida na floresta, desarranjando a disponibilidade de água, afinal, a água executa uma função fulcral na preservação da vida na terra, sendo de fundamental imprescindibilidade para os seres humanos⁶.

⁴ MARENGO, Jose A. Impactos sociais dos eventos climáticos extremos. 2024.

⁵ Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability | Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability.

⁶ CECH, Thomas. V. Recursos hídricos: história, desenvolvimento, política e gestão. 2013.

As comunidades amazônicas, que por vezes possuem um encadeamento intrínseca com a natureza, são as mais afetadas por essas transmutações. A agricultura e a criação de animais, que são cruciais para a economia da Amazônia, se forem praticadas de maneira desgovernada, ocasionam gravíssimas repercussões negativas, bem como, o uso descomunal de pesticidas agregado a ausência de métodos sustentáveis na agricultura conduzem à poluição do solo e da água. E, concernente a pecuária extensiva, há o advento da causa do desmatamento para a edificação de pastagens, sucedendo em erosão e deterioração do solo⁷

Nessa conjuntura, incontestemente se revela que, tanto a agricultura, como a pesca e o acesso à água potável se tornaram ainda mais desafiadores, tendo em vista que, através da ascendência da sedimentação, a impureza das águas dos rios da Amazônia também se exacerba, acometendo a biodiversidade aquática e a qualidade da água designada ao consumo humano⁸

Os ribeirinhos, que carregam por dependência a necessidade para suas próprias subsistências dos rios e igarapés para suas atividades diárias, acabam por ter que combater a escassez de água, atenuando a produção agrícola e comprometendo a segurança alimentar, haja vista que, o mercúrio lançado nas águas se acumula na rede alimentar, atingindo sobretudo os peixes que são utilizados para o consumo dessas comunidades locais. Todo esse processo acaba por ocasionar sérios problemas de saúde, como a intoxicação crônica oriunda do mercúrio, que resulta no afetamento do sistema nervoso central dos indivíduos⁹.

Nessa senda, diversas famílias que tradicionalmente cultivavam seus alimentos agora se encontram na obrigação de ter que necessitar de transportes longos para garantir suas necessidades mais basilares, o que acaba por elevar de forma astronômica os custos e o aumento da vulnerabilidade frente às alterações nos preços dos produtos. Além disso, a crise hídrica impacta diretamente a saúde das comunidades como já dito alhures, vez que, com a deterioração da qualidade da água,

⁷ ALENCAR, Francisco Mauro da Costa; MELO, Cristina Lima de; AGUILAR, Daniela Silva Tamwing. IMPACTO DAS ATIVIDADES HUMANAS NA BACIA AMAZÔNICA. 2024, p. 60.

⁸ RESENDE, Álvaro Vilela de. Agricultura e qualidade da água: contaminação da água por nitrato. 2002.

⁹ WILSON, O. E. Mapa global de biodiversidade. 2000.

sendo este um dos principais desafios ambientais no Brasil, há a eclosão de microrganismos patogênicos que ocasionam doenças transmitidas pela água. Estas doenças, também conhecidas como waterborne diseases, constituem um conjunto de patologias costumeiramente infecciosas, da qual sua propagação realiza-se por meio do contato com água imprópria para o consumo¹⁰

Portanto, as consequências oriundas da crise hídrica nas comunidades amazônicas são sobreabundantes e multifacetados, acometendo a saúde, a segurança alimentar e a cultura dessas populações. Desta feita, ao se entender esses efeitos, revela-se a magnificência da imprescindibilidade para que haja a implementação de estratégias que sejam capazes de mitigar os danos, promovendo assim um desenvolvimento sustentável justo e equitativo. Para se preservar a Amazônia e suas comunidades, há a crucialidade concernente a dependência de que haja a união entre a conservação ambiental e valorização dos saberes locais, assegurando que a água consiga ser protegida para as futuras gerações, vez que, a luta que perfaz contra a crise hídrica é uma contenda pela própria vida e pela cultura amazônica.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO À ÁGUA

A água é um direito fundamental reconhecido internacionalmente e essencial para a dignidade humana. Na Amazônia, a crise hídrica impõe desafios críticos ao acesso à água potável, afetando diretamente os direitos fundamentais das populações ribeirinhas, indígenas e comunidades tradicionais (Souza, 2024).¹¹ O direito à água está interligado com o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente equilibrado, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 e tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A crise hídrica na Amazônia, intensificada por eventos climáticos extremos e desmatamento desenfreado, compromete fontes naturais de água doce, impactando

¹⁰ CORREIA, Catherine Veloso; HUSZCZ, Gabriel Barbosa; PAES, Bruna Araujo; SANTOS, Aline Gabriele Etur dos; MARTENS, Lilian Bentivegna. DOENÇAS DE VEICULAÇÃO HÍDRICA E SEU GRANDE IMPACTO NO BRASIL: CONSEQUÊNCIA DE ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS OU INEFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS?. 2021.

¹¹ SOUZA, Viviane Thomé de. Água e saneamento básico como direitos fundamentais: a universalização do direito à água e o esgotamento sanitário na cidade de Manaus. 2024.

não apenas o consumo humano, mas também a segurança alimentar e a manutenção de modos de vida tradicionais. A contaminação dos rios por mercúrio, advinda da mineração ilegal, e a seca de importantes cursos d'água agravam ainda mais essa realidade, tornando essencial a implementação de políticas públicas eficazes para garantir a universalização do acesso à água potável (Rodrigues, 2020).¹²

Diante desse cenário, é imprescindível que o Estado adote medidas que assegurem a proteção dos recursos hídricos, incluindo a preservação das nascentes e a regulamentação do uso sustentável da água. Além disso, o fortalecimento da participação social nas decisões sobre a gestão hídrica na Amazônia deve ser uma prioridade, garantindo que as vozes das comunidades afetadas sejam ouvidas e respeitadas. Projetos de educação ambiental, voltados para o uso consciente da água e a valorização dos recursos hídricos, são estratégias fundamentais para mitigar os impactos da crise hídrica a longo prazo (Matos, 2024).¹³

Ademais, o investimento em infraestrutura para o saneamento básico e a distribuição de água potável deve ser ampliado, principalmente em comunidades que dependem dos rios para sobrevivência. Sem políticas públicas adequadas, o direito à água continuará sendo negligenciado, aumentando a vulnerabilidade dessas populações e intensificando desigualdades sociais (Ribeiro, 2017).¹⁴

A implementação de tecnologias sustentáveis, como a coleta e armazenamento de água da chuva, pode ser uma alternativa viável para mitigar a escassez de água na região Amazônica (Pauletto, 2024).¹⁵ Essas soluções de baixo custo e impacto ambiental reduzido podem ser adaptadas às realidades das comunidades ribeirinhas e indígenas, proporcionando um acesso mais consistente à água potável e ajudando a preservar os recursos hídricos existentes.

¹² RODRIGUES, Letícia. Mineração ilegal e segurança ambiental em regiões amazônicas. V&V Editora, 2020.

¹³ MATOS, Simone Jung. Os recursos hídricos e a educação ambiental: elaboração de roteiro com foco em recursos hídricos em complementação ao Programa de Educação Ambiental voltado ao licenciamento ambiental de novos parcelamentos de solo urbano no Distrito Federal. 2024.

¹⁴ RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; ROLIM, Neide Duarte. Planeta água de quem e para quem: uma análise da água doce enquanto direito fundamental e sua valoração mercadológica. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 1, 2017.

¹⁵ PAULETTO, Daniela et al. Irrigação com reaproveitamento de águas pluviais: aprendizagem e difusão tecnológica do irrigapote na Amazônia Oriental. 2024.

A cooperação internacional e a troca de conhecimentos entre países que enfrentam desafios hídricos semelhantes podem fortalecer as estratégias de gestão da água na Amazônia. Parcerias com organizações não-governamentais, institutos de pesquisa e governos estrangeiros podem fomentar inovações e políticas públicas mais eficazes, garantindo o respeito aos direitos fundamentais e a sustentabilidade ambiental na região. Sem essas ações coordenadas, a crise hídrica na Amazônia continuará a ameaçar a sobrevivência e a dignidade das populações mais vulneráveis, ampliando ainda mais as desigualdades sociais e ambientais.

3. SOLUÇÕES SUSTENTÁVEIS E A RESILIÊNCIA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS E POVOS INDÍGENAS

As comunidades tradicionais e povos indígenas da Amazônia possuem um conhecimento ancestral sobre a gestão e preservação dos recursos hídricos, o que pode ser essencial para enfrentar a crise hídrica na região (De Matos, 2025).¹⁶ Estratégias sustentáveis, baseadas no manejo comunitário da água e na valorização dos saberes tradicionais, são fundamentais para fortalecer a resiliência desses povos diante da escassez hídrica.

Dentre as soluções sustentáveis, destacam-se os sistemas de captação de água da chuva, a recuperação de nascentes e igarapés, além do reflorestamento de áreas degradadas para garantir a preservação dos ciclos hidrológicos (Mendes, 2022).¹⁷ Projetos que integram tecnologia e conhecimento tradicional, como os sistemas agroflorestais e o uso de biofiltros para purificação da água, também se mostram eficazes para mitigar os impactos da crise hídrica.

Além disso, é essencial garantir a autonomia das comunidades na gestão dos recursos hídricos, assegurando a demarcação e proteção de seus territórios, visto que a degradação ambiental decorrente de atividades como o garimpo e a exploração madeireira ilegal impacta diretamente a disponibilidade e qualidade da água. O

¹⁶ DE MATOS, Ana Paula et al. Água, urgência climática e democracia: a participação de povos e comunidades tradicionais na gestão da água no Sul de Santa Catarina. *Observatório De La Economía Latinoamericana*, v. 23, n. 2, p. e8926-e8926, 2025.

¹⁷ MENDES, Alesi Teixeira; SANTOS, Gesmar Rosa dos. Drenagem e manejo sustentável de águas pluviais urbanas: o que falta para o Brasil adotar?. 2022.

fortalecimento de políticas públicas que promovam a segurança hídrica e a justiça ambiental na Amazônia deve incluir, ainda, a ampliação do acesso a financiamento para iniciativas sustentáveis e o reconhecimento legal dos direitos territoriais dos povos indígenas e comunidades tradicionais (Artaxo, 2020).¹⁸

A implementação de programas de conservação ambiental que integrem as comunidades tradicionais no monitoramento e proteção dos recursos hídricos também é uma estratégia eficiente para a sustentabilidade da região. A valorização dos conhecimentos indígenas e ribeirinhos pode fortalecer práticas ecológicas que ajudam a manter os mananciais hídricos em equilíbrio, garantindo a segurança hídrica no longo prazo (Batista, 2024).¹⁹

A resiliência dessas populações depende, portanto, de uma abordagem integrada, que envolva o respeito aos seus direitos fundamentais, a proteção dos ecossistemas hídricos e a implementação de soluções que conciliem sustentabilidade ambiental e justiça social. Somente assim será possível enfrentar a crise hídrica na Amazônia de forma eficaz e garantir a sobrevivência das comunidades que dependem desses recursos para sua existência e identidade cultural.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise hídrica na Amazônia representa um desafio complexo que afeta não apenas o meio ambiente, mas também os direitos fundamentais das populações que dependem dos recursos hídricos para sua sobrevivência. O acesso à água potável, enquanto direito humano essencial, continua sendo ameaçado por fatores como o desmatamento, as mudanças climáticas e atividades ilegais que comprometem a qualidade e disponibilidade desse recurso vital.

Diante dessa realidade, torna-se evidente a necessidade de uma abordagem multidimensional que envolva tanto a proteção ambiental quanto a promoção da justiça social. O fortalecimento de políticas públicas, aliadas à valorização dos saberes

¹⁸ ARTAXO, Paulo. As três emergências que nossa sociedade enfrenta: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. *Estudos avançados*, v. 34, p. 53-66, 2020.

¹⁹ BATISTA, Lucas Mota; NEU, Vania. Olhares para o sanear: as percepções de ribeirinhos sobre uma experiência com tecnologias sociais na Amazônia Oriental. *Revista brasileira de estudos urbanos e regionais*, v. 26, p. e202411, 2024.

tradicionais das comunidades indígenas e ribeirinhas, constitui um caminho promissor para mitigar os impactos da crise hídrica e garantir a resiliência desses povos.

A adoção de soluções sustentáveis, como a captação e o tratamento da água da chuva, o reflorestamento e a proteção das nascentes, pode contribuir significativamente para a conservação dos recursos hídricos na região. Além disso, a participação ativa das comunidades na gestão da água deve ser incentivada, assegurando que suas necessidades e conhecimentos sejam incorporados nas políticas públicas.

A crise hídrica na Amazônia deve ser compreendida como um reflexo das desigualdades socioambientais que persistem no país. Apenas com um compromisso efetivo do poder público, da sociedade civil e das próprias comunidades será possível garantir o acesso equitativo à água potável e preservar os modos de vida tradicionais que há séculos coexistem de forma harmoniosa com a floresta. A busca por soluções estruturais e inclusivas não apenas assegura a sobrevivência dessas populações, mas também reforça a importância da Amazônia para o equilíbrio climático global e para o bem-estar das futuras gerações.

É fundamental que a sociedade como um todo reconheça a urgência da questão hídrica na Amazônia e pressione por ações efetivas. A colaboração entre governos, organizações não governamentais, instituições acadêmicas e comunidades locais pode promover soluções inovadoras e viáveis. O enfrentamento da crise hídrica exige um esforço contínuo, que combine a preservação ambiental com políticas públicas eficazes, assegurando que o direito à água seja respeitado e garantido para todas as gerações.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Francisco Mauro da Costa; MELO, Cristina Lima de; AGUILAR, Daniela Silva Tamwing. IMPACTO DAS ATIVIDADES HUMANAS NA BACIA AMAZÔNICA. **UÁQUIRI - Revista do Programa de Pós Graduação em Geografia da Universidade Federal do Acre**, v. 6, n. 2, 2024. Disponível em:

<https://periodicos.ufac.br/index.php/Uaquiri/article/view/8062/4966>. Acesso em: 21 fev. 2025. ISSN 2675-4088.

ARTAXO, Paulo. As três emergências que nossa sociedade enfrenta: saúde, biodiversidade e mudanças climáticas. **Estudos avançados**, v. 34, p. 53-66, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/TRsRMLDdzzRsZ85QNYFQBHs/?format=html>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BATISTA, Lucas Mota; NEU, Vania. Olhares para o sanear: as percepções de ribeirinhos sobre uma experiência com tecnologias sociais na Amazônia Oriental. **Revista brasileira de estudos urbanos e regionais**, v. 26, p. e202411, 2024. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbeur/a/FFkwM9k4ZLQVSzPWxp5JTQn/>. Acesso em: 20 fev. 2025.

CECH, Thomas. V. Recursos hídricos: história, desenvolvimento, política e gestão. Rio de Janeiro: LTC, 2013. **ISBN:** 9788521622017.

Climate Change 2022: **Impacts, Adaptation and Vulnerability | Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability**. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>. Acesso em: 21 fev. 2025.

DE MATOS, Ana Paula et al. **Água, urgência climática e democracia:** a participação de povos e comunidades tradicionais na gestão da água no Sul de Santa Catarina. *Observatório De La Economía Latinoamericana*, v. 23, n. 2, p. e8926-e8926, 2025. Disponível em: <https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/view/8926>. Acesso em: 20 fev. 2025.

CORREIA, Catherine Veloso; HUSZCZ, Gabriel Barbosa; PAES, Bruna Araujo; SANTOS, Aline Gabriele Etur dos; MARTENS, Lilian Bentivegna. DOENÇAS DE VEICULAÇÃO HÍDRICA E SEU GRANDE IMPACTO NO BRASIL: CONSEQUÊNCIA DE ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS OU INEFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS? **Brazilian Medical Students**, v. 5, n. 8, 24 set. 2021. Disponível em: <https://bms.ifmsabrazil.org/index.php/bms/article/view/100/42>. Acesso em: 26 fev. 2025. ISSN 2675-1542.

MATOS, Simone Jung. **Os recursos hídricos e a educação ambiental:** elaboração de roteiro com foco em recursos hídricos em complementação ao Programa de Educação Ambiental voltado ao licenciamento ambiental de novos parcelamentos de solo urbano no Distrito Federal. 2024. Disponível em: <http://icts.unb.br/jspui/handle/10482/49269>. Acesso em: 20 fev. 2025.

MARENGO, Jose A. Impactos sociais dos eventos climáticos extremos. **Ciência e Cultura**, v. 76, n. 3, p. 1-8, 2024. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252024000300009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 21 fev. 2025. ISSN 00096725.

MENDES, Alesi Teixeira; SANTOS, Gesmar Rosa dos. **Drenagem e manejo sustentável de águas pluviais urbanas: o que falta para o Brasil adotar?**. 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11420/1/TD_2791.pdf. Acesso em: 20 fev. 2025.

PAULETTO, Daniela et al. **Irrigação com reaproveitamento de águas pluviais: aprendizagem e difusão tecnológica do irrigapote na Amazônia Oriental**. 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Marcos-Antonio-Amaral/publication/383950341_Irrigation_with_the_reuse_of_rainwater_learning_and_technological_diffusion_of_Irrigapote_in_the_Eastern_Amazon/links/66e250f7bd20173667cacb79/Irrigation-with-the-reuse-of-rainwater-learning-and-technological-diffusion-of-Irrigapote-in-the-Eastern-Amazon.pdf. Acesso em: 20 fev. 2025.

2025.

RESENDE, Álvaro Vilela de. **Agricultura e qualidade da água: contaminação da água por nitrato**. Planaltina. Brasília: Embrapa Cerrados, 2002. 29p. Disponível em: <https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/546464/1/doc57.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2025. ISSN 1517-5111.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; ROLIM, Neide Duarte. **Planeta água de quem e para quem: uma análise da água doce enquanto direito fundamental e sua valoração mercadológica**. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: <https://sou.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/4149>. Acesso em: 20 fev. 2025.

RODRIGUES, Letícia. **Mineração ilegal e segurança ambiental em regiões amazônicas**. V&V Editora, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Xh4vEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA15&dq=A+contamina%C3%A7%C3%A3o+dos+rios+por+merc%C3%BArio+na+amazonia+advinda+da+minera%C3%A7%C3%A3o+ilegal,+do+acesso+%C3%A0+%C3%A1gua+pot%C3%A1vel.&ots=8vWCQ987UI&sig=owxpFtxGW7U0PQzM6TM3o3vTEOM#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 20 fev. 2025.

SOUZA, Viviane Thomé de. **Água e saneamento básico como direitos fundamentais: a universalização do direito à água e o esgotamento sanitário na cidade de Manaus**. 2024. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/10237>. Acesso em: 20 fev.

WILSON, O. E. **Mapa global de biodiversidade**. *Ciência*, v.29, p.289, 2000.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E VULNERABILIDADES NA AMAZÔNIA: CONSTRUINDO SUSTENTABILIDADE PARA AS GERAÇÕES FUTURAS

Fundamental rights and vulnerability in the amazon: building sustainability for future generations

Denison Melo de Aguiar¹

Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Priscila da Silva Souza²

Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Helder Brandão Góes³

Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

DOI: <https://doi.org/10.62140/DAPSHG7032025>

Resumo: A Amazônia, reconhecida como um dos ecossistemas mais ricos e diversos do planeta, contende desafios críticos atinentes às vulnerabilidades socioambientais e à violação de direitos fundamentais. Desta feita, a exploração desmedida dos recursos naturais, a degradação ambiental e a marginalização das comunidades locais, singularmente dos povos tradicionais e indígenas, descortinam um cenário de conflito entre Desenvolvimento Econômico e Desenvolvimento Sustentável. Assim, tem-se como **problema** cêntrico da pesquisa a seguinte indagação: como assegurar os direitos fundamentais dos habitantes da Amazônia enquanto poderia se desenvolver

¹ Professor do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. E-mail: denisonaguiarx@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203>.

² Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas. Advogada. Servidora Pública. E-mail: drapricila1988@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-9007-546X>.

³ Mestrando no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. E-mail: heldergoes9780@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9768-7133>.

um modelo sustentável que beneficie as gerações futuras? O **objetivo** geral desta pesquisa é relacionar a intersecção existente entre degradação ambiental, vulnerabilidade social e políticas públicas na Amazônia, tendo por cerne propor estratégias que promovam a justiça socioambiental e a proteção dos direitos das populações locais para assegurar um desenvolvimento sustentável que beneficie as gerações futuras. A **metodologia** de pesquisa combina uma abordagem qualitativa, utilizando levantamento de literatura com revisão bibliográfica, da qual se concentra na compreensão das realidades e experiências das populações amazônicas. A pesquisa enuncia como principais **conclusões** o fato de uma conexão intrínseca entre a vulnerabilidade das populações amazônicas e a violação de seus direitos fundamentais. Destacando-se como os principais achados, a violação dos direitos fundamentais, revelando estas, em especial os povos indígenas, que enfrentam demasiadas violações de direitos que abarcam o direito à terra, à saúde, à educação e ao meio ambiente saudável. Ademais, a sustentabilidade não deve ser tratada como um conceito isolado, mas sim integrada às políticas públicas que respeitem os direitos fundamentais das populações locais. Além disso, também se evidencia que as populações locais assenhoreiam conhecimentos tradicionais sobre a biodiversidade e os ecossistemas da região, sendo imprescindíveis para a edificação de estratégias de desenvolvimento sustentável, bem como, através da participação ativa dessas populações nas decisões que consternam suas vidas. Por outro ângulo, relevante se mostrou a constatação da falta de políticas públicas efetivas e da debilidade na aplicação das leis existentes, que se caracterizam como travancas significativas na proteção dos direitos das populações. Portanto, a edificação de um futuro sustentável para a Amazônia deve ser tracejada pelo respeito aos direitos fundamentais das populações locais, reconhecendo suas vulnerabilidades, como a pobreza e a marginalização, ao mesmo tempo que, se consolidam como agentes de transformação. Assim, esta pesquisa tem por intuito lançar luzes sobre a urgência de um novo paradigma que abarque desenvolvimento, direitos e sustentabilidade.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável; Vulnerabilidade Socioambiental; Direitos Humanos; Degradação Ambiental; Justiça Socioambiental.

Abstract: The Amazon, recognized as one of the richest and most diverse ecosystems on the planet, faces critical challenges related to socio-environmental vulnerabilities and violations of fundamental rights. In this regard, the excessive exploitation of natural resources, environmental degradation and the marginalization of local communities, particularly traditional and indigenous peoples, reveal a scenario of conflict between Economic Development and Sustainable Development. Thus, the central problem of this research is the following question: how can we ensure the fundamental rights of the inhabitants of the Amazon while developing a sustainable model that benefits future generations? The general objective of this research is to relate the intersection between environmental degradation, social vulnerability and public policies in the Amazon, with the aim of proposing strategies that promote socio-environmental justice and the protection of the rights of local populations to ensure sustainable development that benefits future generations. The research methodology combines a qualitative approach, using a literature survey with a

bibliographic review, which focuses on understanding the realities and experiences of the Amazonian populations. The research states as its main conclusions the fact of an intrinsic connection between the vulnerability of the Amazonian populations and the violation of their fundamental rights. The main findings are the violation of fundamental rights, revealing that these, especially indigenous peoples, face too many violations of rights that include the right to land, health, education and a healthy environment. Furthermore, sustainability should not be treated as an isolated concept, but rather integrated into public policies that respect the fundamental rights of local populations. In addition, it is also evident that local populations hold traditional knowledge about the biodiversity and ecosystems of the region, which is essential for the construction of sustainable development strategies, as well as through the active participation of these populations in the decisions that affect their lives. From another angle, it was important to note the lack of effective public policies and the weakness in the application of existing laws, which are characterized as significant obstacles to the protection of the rights of the populations. Therefore, building a sustainable future for the Amazon must be guided by respect for the fundamental rights of local populations, recognizing their vulnerabilities, such as poverty and marginalization, while at the same time consolidating themselves as agents of transformation. Thus, this research aims to shed light on the urgency of a new paradigm that encompasses development, rights and sustainability.

Keywords: Sustainable Development; Socio-environmental Vulnerability; Human Rights; Environmental Degradation; Socio-environmental Justice.

INTRODUÇÃO

A Amazônia, identificada como um dos biomas mais ricos e diversificados do planeta, acaba por ter que enfrentar desafios que coloca em risco tanto os direitos fundamentais das comunidades que nela habitam, como a intangibilidade ambiental. Nessa conjuntura, ergue-se a justiça socioambiental como uma ferramenta crucial na promoção de um equilíbrio entre a proteção dos direitos das populações locais e as imprescindibilidades de um eficaz desenvolvimento sustentável da região. Diante disso, têm-se como problema de pesquisa a seguinte indagação: Como assegurar os direitos fundamentais dos habitantes da Amazônia enquanto poderia se desenvolver um modelo sustentável que beneficie as gerações futuras?

Para mais, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a intersecção entre degradação ambiental, vulnerabilidade social e políticas públicas na Amazônia, bem como, compreender como a edificação de propostas e estratégias que promovam a justiça socioambiental e a proteção dos direitos das populações locais revela-se de

grande indispensabilidade. Dessa maneira, adotou-se como metodologia a conjugação de uma abordagem qualitativa, utilizando levantamento de literatura e revisão bibliográfica, focalizando na compreensão das realidades e experiências das comunidades amazônicas, tendo por objetivo cêntrico sempre a respeitabilidade e valorização de seus saberes e práticas ancestrais.

Nessa conjuntura, incontestemente se revela que as comunidades tradicionais da Amazônia, tendo por inclusão os indígenas, ribeirinhos, quilombolas e extrativistas, são os principais atores que combatem em linha de frente pela preservação do território e da biodiversidade. No entanto, com o agigantamento da exploração progressista de recursos fomentada por empreendimentos como o agronegócio, mineração e desmatamento, há o engendramento de uma degradação ambiental estarrecedora, que acaba culminando no agravamento da situação de vulnerabilidade desses povos. Com isso, as conclusões medulares da pesquisa evidenciam um intrínseco encadeamento presente na precarização das condições de vida das populações locais e a violação sistemática de seus direitos fundamentais, como o direito à terra, à saúde e à educação.

Ademais, as políticas públicas executam um papel fulcral na efetivação dos direitos humanos e na preservação ambiental da região, bem como, a escassez de um diálogo desintrincado com as comunidades locais que historicamente se encontram marginalizadas, acabam por exacerbar as desigualdades, obstaculizando assim a implementação de políticas que realmente consigam atender às suas realidades ímpares. Portanto, a promoção da justiça socioambiental não é apenas uma questão de preservação da Amazônia, mas também de reconhecimento e respeito por seus habitantes e suas heranças culturais.

Portanto, este estudo tem como bússola guiadora analisar a urgência e a importância de se edificar um modelo de desenvolvimento que respeite as especificidades socioculturais e ambientais da Amazônia, enfatizando que a interconectividade entre a justiça socioambiental e os direitos fundamentais não se estabeleça apenas como um ideal utópico ou uma mera formalidade, mas sim uma realidade tangível e que produza real eficácia, sendo as vozes dos povos amazônicos

ouvidas e suas práticas sustentáveis valorizadas, assegurando dessa maneira ascenda um futuro benéfico tanto a floresta quanto as gerações futuras.

1. JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL NA AMAZÔNIA: A INTERSEÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUSTENTABILIDADE.

Como um dos biomas que contêm mais riqueza e diversidades do planeta, a Amazônia combate desafios que atemoriza os direitos das comunidades que ali habitam, como também essa espaçosa região. Diante desse cenário, a justiça socioambiental se revela como uma perspectiva crucial para consecução do equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais das populações locais, precipuamente dos povos indígenas, com as necessidades concernentes ao desenvolvimento sustentável da região, vez que, esta justiça declara os indivíduos em situação de vulnerabilidade como agentes principais na defesa de seus direitos, principalmente em relação ao território, que é considerado um espaço de embate e intensificação de conflitos⁴, bem como, estando diretamente associada a defesa severa das diversas desigualdades existentes⁵.

Dessa maneira, a justiça socioambiental tem por perquirição assegurar que todos os indivíduos, inobstante a sua origem, possam ter acesso de forma igualitária aos recursos naturais, além de poderem participar de forma efetiva das decisões que afetam suas vidas e o meio ambiente, bem como, perfaz o *“o cuidado para com o ser humano em seu habitat natural, envolvendo cuidado pela vida natural em toda sua diversidade; enquanto dom do Criador para todos e todas a justiça socioambiental é a concepção englobante de todos esses cuidados”*⁶.

Nesse ínterim, os direitos fundamentais, como o direito à vida, à saúde e à terra, estão de forma interseccionados com à preservação da Amazônia. Logo, pelo

⁴ HELD, Thaisa Maira Rodrigues; TRECCANI, Girolamo Domenico. QUILOMBOLAS E JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL: NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO FUNDIÁRIA. 2022.

⁵ RIBEIRO, Wagner Costa. Justiça espacial e justiça socioambiental: uma primeira aproximação. 2017.

⁶ LACERDA, Luiz Felipe. ECOLOGIA INTEGRAL, JUSTIÇA SOCIOAMBIENTAL E BEM VIVER. 2020, p. 188.

fato de ser composta de forma abundante de recursos naturais e diversidade biológica, a Amazônia brasileira acaba por culminar a atração de interesses para uma exploração agudamente ambiciosa da floresta, representando assim um risco para a sobrevivência da fauna, da flora e de incontáveis comunidades nativas⁷.

Assim, os problemas concernentes a ocorrência da degradação ambiental e do desmatamento da floresta, origina-se de forma precípua do agronegócio, da edificação de hidrelétricas, da urbanização acelerada e sem estudos e incêndios intencionais⁸ conduzindo assim, em perigo a própria existência das comunidades tradicionais e da biodiversidade.

Diante dessa realidade, a defesa dos direitos humanos na Amazônia deve ter por objetivo cêntrico a inclusão da proteção dos territórios e modos de vida das populações locais, sendo estas de forma incontestes as legítimas protetoras da floresta. Portanto, ao promover a justiça socioambiental, haverá o erguimento de um asseguração que essas comunidades passem a ter suas vozes levadas em consideração no momento das decisões políticas e econômicas que impactam de forma direta e devastadora seu ambiente.

Nessa conjuntura, a sustentabilidade não deve ser vista apenas por meio de uma lente que tenha desígnio ambiental, devendo englobar também um princípio ético que seja uma bússola para as relações sociais e econômicas, afinal, ao se falar de sustentabilidade concernente ao meio ambiente, esta abarca aquém de preceitos legais e seus cumprimentos, debruça-se de forma pretérita sobre uma compreensão referente as operações organizacionais⁹.

Portanto, a confluência presente entre direitos fundamentais e sustentabilidade exprime a imprescindibilidade de um desenvolvimento que tenha por cerne o respeito as balizas existentes nos ecossistemas, enobrecendo a diversidade

⁷ ASSUNÇÃO, Suelene Santana; FERREIRA, Marlene Mirella Costa; JUNIOR, Roberto Lopes dos Santos; REDIGOLO, Franciele Marques; CONDURÚ, Marise Teles. Sistema de informação ambiental como ferramenta para preservação da Amazônia: atuação do sistema deter. 2021, p. 9.

⁸ DINIZ, Marcelo Bentes; OLIVEIRA JUNIOR, José Nilo de; TROMPIERI NETO, Nicolino; DINIZ, Márcia Jucá Teixeira. Causas do desmatamento da Amazônia: uma aplicação do teste de causalidade de Granger acerca das principais fontes de desmatamento nos municípios da Amazônia Legal brasileira. 2009.

⁹ JAMALI, Dima. Insights into the triple bottom line integration from a learning organization perspective. 2006.

cultural e os saberes ímpares e insubstituíveis que essas comunidades detêm, sendo estes direitos fundamentais aqueles que estejam ratificados no ordenamento jurídico, os quais os indivíduos sem a concretização deles de forma material não se efetivaria¹⁰

Como se robora, a promoção da justiça socioambiental na Amazônia ergue-se como um mecanismo peremptório para que haja a continuidade da sobrevivência do planeta, e também uma questão concernente dos direitos humanos. Logo, para que se consubstancie o equilíbrio entre desenvolvimento e conservação, necessita-se de um prometimento coletivo que dialogue com as especificidades da região, vez que, assentir que existe uma interdependência entre a sustentabilidade ambiental e os direitos fundamentais é um forma de pavimentar a edificação de um asseguração para um futuro mais justo e equitativo, onde a Amazônia subsista sendo um patrimônio da humanidade, preservando suas culturas e biodiversidade que dela necessitam.

2. POVOS TRADICIONAIS E CONHECIMENTO ANCESTRAL: UM CAMINHO PARA A SUSTENTABILIDADE NA AMAZÔNIA

Os povos tradicionais da Amazônia são guardiões de um conhecimento ancestral que transcende gerações, moldado pela experiência direta com a floresta e suas dinâmicas naturais. Suas práticas sustentáveis de manejo dos recursos naturais são fundamentais para a preservação da biodiversidade e para a manutenção do equilíbrio ecológico desse bioma essencial para o planeta (Da Silva Monteiro, 2024).¹¹ Essas comunidades, que incluem indígenas, ribeirinhos, quilombolas, seringueiros e extrativistas, desenvolveram ao longo dos séculos técnicas de subsistência que respeitam os ciclos naturais, garantindo a renovação dos recursos sem comprometer

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 151 e 178.

¹¹ DA SILVA MONTEIRO, Alcioni et al. Uso de plantas medicinais por povos milenares da Amazônia – Brasil (Mundurucu, Karapãna, Pupykary, Tikuna e Kokama), Guiné-Bissau (Fulas, Gabu) e Moçambique – Tete (Dema e Nyungwe): uma perspectiva comparada. Educamazônia – Educação, Sociedade e Meio Ambiente, v. 17, n. 2, p. 533-572, 2024.

sua disponibilidade para as futuras gerações (Nogueira, 2017).¹² Esse saber, construído a partir de uma relação harmônica com a natureza, representa um modelo sustentável que contrasta com a lógica predatória da exploração econômica tradicional, marcada pelo desmatamento, grilagem de terras, mineração ilegal e monoculturas extensivas.

A valorização do conhecimento ancestral dos povos tradicionais da Amazônia é um caminho essencial para a sustentabilidade da região. Suas práticas de manejo florestal, agricultura agroecológica e pesca sustentável demonstram que é possível utilizar os recursos naturais sem degradá-los. O sistema agroflorestal, por exemplo, praticado por diversos grupos indígenas e comunidades ribeirinhas, combina a produção agrícola com a preservação da vegetação nativa, criando um ambiente produtivo que fortalece a biodiversidade. Além disso, o uso de plantas medicinais e o conhecimento sobre os ciclos das águas e da terra representam uma riqueza científica que poderia ser amplamente incorporada em políticas ambientais e de desenvolvimento sustentável (Ghilardi, 2020).¹³

Entretanto, apesar da importância desse conhecimento e do papel dessas comunidades na conservação da Amazônia, os povos tradicionais ainda enfrentam inúmeras dificuldades para garantir seus direitos e sua permanência nos territórios. A grilagem de terras, os grandes empreendimentos agropecuários e minerários e a violência no campo são desafios persistentes, que colocam em risco não apenas o modo de vida dessas populações, mas também a própria integridade ambiental da floresta. Frente a esse cenário, torna-se essencial o fortalecimento das políticas públicas voltadas tanto para a efetivação dos direitos humanos dessas comunidades quanto para a preservação ambiental da região.

¹² NOGUEIRA, Rafael Aquino et al. As roças na Reserva Extrativista Riozinho do Anfrísio: um estudo sobre agrobiodiversidade, conhecimentos tradicionais e práticas entre os povos beiradeiros da Terra do Meio-Amazônia. 2017.

¹³ GHILARDI, Thais Rodrigues. Relação do uso de plantas medicinais na produção de remédios caseiros com a sustentabilidade: uma revisão. 2020.

Promover a educação ambiental e a conscientização sobre a importância dos conhecimentos tradicionais é fundamental (Gomes, 2024).¹⁴ Programas educacionais e campanhas de sensibilização podem ajudar a valorizar e proteger esses saberes, fomentando o respeito e a admiração pela sabedoria dos povos amazônicos. A integração do conhecimento ancestral nas escolas e universidades pode inspirar novas gerações a adotar práticas mais sustentáveis e a trabalhar em harmonia com a natureza.

A colaboração entre os povos tradicionais e a comunidade científica pode gerar resultados promissores para a conservação da Amazônia (Moreira, 2023).¹⁵ Projetos de pesquisa participativa, que envolvem os conhecimentos tradicionais e as metodologias científicas, podem identificar soluções inovadoras para os desafios ambientais e fortalecer a resiliência das comunidades locais. Essa cooperação pode promover um modelo de desenvolvimento sustentável que respeite a cultura e os direitos dos povos amazônicos, garantindo um futuro mais equilibrado e justo para a região.

3. O PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E NA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA

As políticas públicas desempenham um papel fundamental na promoção dos direitos humanos e na proteção ambiental da Amazônia, pois podem estabelecer mecanismos de defesa territorial, programas de desenvolvimento sustentável e incentivos à valorização da cultura e do conhecimento tradicional (Junior, 2023).¹⁶ Instrumentos como a demarcação de terras indígenas e quilombolas, o pagamento por serviços ambientais, a criação de reservas extrativistas e o fortalecimento da

¹⁴ GOMES, Luiza Maria Quaresma. Contribuições dos saberes tradicionais na promoção da Educação Ambiental e Saúde no ambiente escolar: um estudo de caso com quebradeira de coco babaçu, em Codó-MA. 2024.

¹⁵ MOREIRA, Denilson Nunes; MANZATTO, Ângelo Gilberto. As potencialidades que favorecem ao desenvolvimento sustentável na Amazônia. Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento, v. 12, n. 3, p. 751-777, 2023.

¹⁶ JUNIOR, Edinaldo Inocêncio Ferreira. A interseção entre processos educacionais, teorias da educação e direitos humanos: uma análise no contexto do estado do Amazonas. Revista Acervo Educacional, v. 5, p. e13755-e13755, 2023.

educação intercultural são medidas fundamentais para garantir que essas comunidades possam continuar a desempenhar seu papel como guardiãs da floresta.

A efetivação dos direitos humanos na Amazônia passa pelo reconhecimento da autonomia dos povos tradicionais e pela garantia do acesso a serviços básicos como saúde, educação e segurança (Rodrigues, 2019).¹⁷ No entanto, historicamente, essas populações têm sido marginalizadas pelas políticas públicas convencionais, que muitas vezes ignoram suas especificidades culturais e sociais. O acesso à saúde, por exemplo, ainda é precário em muitas áreas remotas, e os sistemas educacionais frequentemente não consideram as línguas e os saberes tradicionais das comunidades. Esse distanciamento entre as políticas do Estado e as realidades locais reforça desigualdades e enfraquece a resiliência dessas populações frente às ameaças externas.

Por outro lado, iniciativas bem-sucedidas mostram que políticas públicas construídas em diálogo com as comunidades podem trazer resultados positivos tanto para as populações locais quanto para o meio ambiente. Projetos de co-gestão de unidades de conservação, programas de fortalecimento da agricultura familiar e incentivos à produção de bioeconomia sustentável são exemplos de como o Estado pode atuar de forma integrada com as comunidades tradicionais para promover o desenvolvimento sustentável. A participação ativa dessas populações na formulação e implementação de políticas é essencial para que as medidas adotadas sejam eficazes e respeitem os modos de vida locais (Da Luz, 2024).¹⁸

A fiscalização e a aplicação rigorosa das leis ambientais são imprescindíveis para combater crimes como o desmatamento ilegal e a invasão de terras protegidas. O enfraquecimento dos órgãos ambientais e a flexibilização das normas de proteção têm causado impactos severos na Amazônia, facilitando a ação de garimpeiros ilegais, madeireiros e grandes latifundiários que exploram a floresta sem considerar os danos causados às comunidades locais e ao ecossistema. A implementação de políticas

¹⁷ RODRIGUES, Jéssica Daiane de Lemos. Política de educação na Amazônia: a efetivação de direitos em uma comunidade ribeirinha. 2019.

¹⁸ DA LUZ, Maria Eduarda Carvalho; SANTOS, Kaique Sampaio. DIREITO SOCIAL INDÍGENA: A atuação estatal diante da efetivação dos direitos sociais indígenas. Revista Acadêmica Online, v. 10, n. 50, p. 1-13, 2024.

públicas robustas deve, portanto, estar aliada a uma fiscalização eficiente, que impeça a destruição dos recursos naturais e proteja os direitos dos povos tradicionais.

Diante da crise climática global, a proteção da Amazônia tornou-se uma questão estratégica para o futuro do planeta (Silva, 2011).¹⁹ A floresta desempenha um papel fundamental na regulação do clima e na manutenção do equilíbrio hídrico, e sua preservação depende diretamente do fortalecimento dos direitos das comunidades tradicionais. Esses povos são os maiores aliados na luta contra o desmatamento e na construção de soluções sustentáveis para a região. No entanto, para que possam continuar desempenhando essa função, é necessário um compromisso real do Estado e da sociedade na implementação de políticas públicas eficazes, que reconheçam e valorizem o conhecimento ancestral como parte essencial da estratégia de sustentabilidade.

Portanto, o caminho para a conservação da Amazônia e para a efetivação dos direitos humanos na região passa necessariamente pelo fortalecimento das políticas públicas e pela valorização das práticas tradicionais de manejo ambiental. Apenas por meio de um modelo de desenvolvimento que respeite os povos tradicionais e seus saberes será possível garantir a preservação desse ecossistema vital e construir um futuro sustentável para as próximas gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Amazônia é um território de imensa riqueza ambiental e cultural, mas que, ao mesmo tempo, enfrenta desafios significativos no que se refere à proteção dos direitos fundamentais de suas populações tradicionais e à preservação dos seus ecossistemas. O conhecimento ancestral dos povos tradicionais demonstra que a coexistência harmônica entre seres humanos e natureza não apenas é possível, mas também essencial para a construção de um futuro sustentável. No entanto, esses saberes têm sido historicamente marginalizados, e as comunidades tradicionais e povos indígenas continuam a enfrentar ameaças constantes, seja pela exploração

¹⁹ SILVA, Alberto Luiz Teixeira da. Governança global na Amazônia: o programa piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil. 2011.

predatória dos recursos naturais, pela ausência de políticas públicas eficazes ou pela violação sistemática de seus direitos básicos.

A relação entre vulnerabilidade social e degradação ambiental na Amazônia é indissociável. O avanço desenfreado da mineração ilegal, da grilagem de terras, do desmatamento e dos grandes empreendimentos sem consulta prévia às populações locais não apenas compromete a integridade ecológica da Amazônia, mas também expõe as comunidades tradicionais e povos indígenas a um cenário de profunda insegurança e exclusão social. Assim, torna-se imprescindível adotar estratégias que conciliem a garantia dos direitos humanos e a conservação ambiental, pois ambos são pilares fundamentais para a sustentabilidade da região e para a qualidade de vida das gerações futuras.

Nesse sentido, as políticas públicas desempenham um papel estratégico na reversão desse quadro. A efetivação de direitos fundamentais como o acesso à terra, à saúde, à educação diferenciada e à proteção contra a violência é um passo essencial para fortalecer a autonomia dos povos tradicionais e consolidar modelos de desenvolvimento sustentável. Ao mesmo tempo, a implementação de medidas de conservação ambiental precisa reconhecer e incorporar o saber ancestral dos povos da Amazônia, promovendo sua participação ativa nas decisões que afetam seus territórios. O fortalecimento dos órgãos de fiscalização e a responsabilização dos agentes que promovem a destruição da Amazônia também são medidas urgentes e indispensáveis para garantir a integridade desse bioma.

Diante dos desafios impostos pela crise climática global e pelas pressões econômicas sobre a Amazônia, é preciso reafirmar que a construção de um futuro sustentável passa, necessariamente, pela defesa dos direitos fundamentais das populações tradicionais. Apenas ao reconhecer sua importância e garantir sua permanência na floresta, com condições dignas de vida e respeito à sua cultura, será possível preservar a biodiversidade e os serviços ecossistêmicos que a região oferece não apenas ao Brasil, mas ao mundo. O compromisso com a sustentabilidade da Amazônia deve ser entendido como uma responsabilidade coletiva, que envolve governos, sociedade civil, academia e organismos internacionais.

Portanto, construir um modelo sustentável para as gerações futuras exige um novo olhar sobre a Amazônia, que supere a visão de mero recurso explorável e passe a enxergá-la como um território de vida, cultura e resistência. A defesa dos direitos fundamentais e a superação das vulnerabilidades da região são elementos indissociáveis dessa construção. Somente por meio de uma abordagem integrada, que respeite a diversidade socioambiental e valorize o conhecimento tradicional, será possível garantir um futuro no qual a floresta permaneça em pé e as populações que dela dependem possam viver com dignidade e autonomia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSUNÇÃO, Suelene Santana; FERREIRA, Marlene Mirella Costa; JUNIOR, Roberto Lopes dos Santos; REDIGOLO, Franciele Marques; CONDURÚ, Marise Teles. Sistema de informação ambiental como ferramenta para preservação da Amazônia: atuação do sistema deter. *Informação & Informação*, v. 26, n. 3, p. 125–156, 30 out. 2021. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/informacao/article/view/41183/pdf>. Acesso em: 21 fev. 2025. ISSN 1981-8920.

DA SILVA MONTEIRO, Alcioni et al. Uso de plantas medicinais por povos milenares da Amazônia – Brasil (Munduruku, Karapãna, Pupykary, Tikuna e Kokama), Guiné-Bissau (Fulas, Gabu) e Moçambique – Tete (Dema e Nyungwe): uma perspectiva comparada. *Educamazônia – Educação, Sociedade e Meio Ambiente*, v. 17, n. 2, p. 533-572, 2024. Disponível em: <https://www.periodicos.ufam.edu.br/index.php/educamazonia/article/view/15781>. Acesso em: 22 fev. 2025.

DA LUZ, Maria Eduarda Carvalho; SANTOS, Kaique Sampaio. DIREITO SOCIAL INDÍGENA: A atuação estatal diante da efetivação dos direitos sociais indígenas. *Revista Acadêmica Online*, v. 10, n. 50, p. 1-13, 2024. Disponível em: <https://www.revistaacademicaonline.com/index.php/rao/article/view/81>. Acesso em: 22 fev. 2025.

DINIZ, Marcelo Bentes; OLIVEIRA JUNIOR, José Nilo de; TROMPIERI NETO, Nicolino; DINIZ, Márcia Jucá Teixeira. Causas do desmatamento da Amazônia: uma aplicação do teste de causalidade de Granger acerca das principais fontes de desmatamento nos municípios da Amazônia Legal brasileira. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 121 - 151, jan./abr. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/Tyq5sxMX9LTGLJ3g69Q8HQn/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 fev. 2025. ISSN 0103-6351.

GHILARDI, Thais Rodrigues. Relação do uso de plantas medicinais na produção de remédios caseiros com a sustentabilidade: uma revisão. 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5603>. Acesso em: 22 fev. 2025.

GOMES, Luiza Maria Quaresma. Contribuições dos saberes tradicionais na promoção da Educação Ambiental e Saúde no ambiente escolar: um estudo de caso com quebradeira de coco babaçu, em Codó-MA. 2024. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/8008>. Acesso em: 22 fev. 2024.

HELD, Rodrigues; MAIRA, Thaisa; TRECCANI, Girolamo Domenico. Quilombolas e justiça socioambiental: notas sobre a judicialização da regularização fundiária. Arruti 2022b, p. 165-170, 2022. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/97476794/Capitulo_livro_Panorama_2022-libre.pdf?1674061137=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DConsulta_previa_na_Educacao_Escolar_Quilombolas_e_justica_socioambiental_notas_sobre_a_judicializacao_da_regularizacao_fundiaria_Arruti_2022b.pdf&Expires=1740258272&Signature=A71oGLF3~WnL7YJumlAze4ODbQQJfjLZNOZK7RKpZtjs4Nq8rlAg1-wU1wficRs-GDoyX8v0mWhTo02vwU-chGmkmn0ZDveq5VNDttY52rnffLyLEp2KQ6b-iRAQZdU18WG8bHwXJ1XfDT1WjznbUvzevRk2CcTDfQbRy5DX34i~XEy7xl0=&Eh1HpG8IKNWD0PYkcr~gYbDTv6tqQpPTU2tZAYx~2~Em6rWexhRgDerXD837-epChqyDuZkwfVXpJlJl43xuth4UnrAfHoV6JDRhU0cHZYHTv6bbjqrBUTsB5kI~n0QfGdMYPxNDI4BnX9Qzf6M8gYt4ZeO1WJA_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=165. Acesso em: 22 fev. 2025. ISBN 978-65-88816-41-7.

JAMALI, Dima. Insights into the triple bottom line integration from a learning organization perspective. Business Process Management Journal, v. 12, n.6, p. 809-821, 2006. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/235252674_Insights_into_triple_bottom_line_integration_from_a_learning_organization_perspective>. Acesso em: 22 fev. 2025.

JUNIOR, Edinaldo Inocência Ferreira. A interseção entre processos educacionais, teorias da educação e direitos humanos: uma análise no contexto do estado do Amazonas. Revista Acervo Educacional, v. 5, p. e13755-e13755, 2023. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/educacional/article/view/13755>. Acesso em: 22 fev. 2025.

LACERDA, Luiz Felipe. Ecologia integral, justiça socioambiental e bem viver. Ecologia integral: abordagens (im) pertinentes, v. 2, p. 177-200, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Aloisio-Ruscheinsky/publication/348043402_Educacao_em_Justica_socioambiental_para_a_ecologia_integral/links/6723d494ecbbde716b4f03b5/Educacao-em-Justica-socioambiental-para-a-ecologia-integral.pdf#page=177. Acesso em: 22 fev. 2025. ISBN 978-65-991675-7-7.

MOREIRA, Denilson Nunes; MANZATTO, Ângelo Gilberto. As potencialidades que favorecem ao desenvolvimento sustentável na Amazônia. *Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, v. 12, n. 3, p. 751-777, 2023. Disponível em: <https://revistas.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/15547>.

NOGUEIRA, Rafael Aquino et al. As roças na Reserva Extrativista Riozinho do Anfrísio: um estudo sobre agrobiodiversidade, conhecimentos tradicionais e práticas entre os povos beiradeiros da Terra do Meio-Amazônia. 2017. Disponível: <https://repositorio.ufpa.br/handle/2011/13666>. Acesso em: 22 fev. 2025.

RIBEIRO, Wagner Costa. Justiça espacial e justiça socioambiental: uma primeira aproximação. *Estudos Avançados*, v. 31, n. 89, p. 147-165, 2017.

RODRIGUES, Jéssica Daiane de Lemos. Política de educação na Amazônia: a efetivação de direitos em uma comunidade ribeirinha. 2019. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7115>. Acesso em: 22 fev. 2025.

SILVA, Alberto Luiz Teixeira da. Governança global na Amazônia: o programa piloto para a Proteção das Florestas Tropicais do Brasil. 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpa.br/handle/2011/3284>. Acesso em: 22 fev. 2025.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS IDOSAS NA COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO/SP

The realization of the elderly's right to health in the district of Ribeirão Preto/ SP

Eduarda Umbelina Pinheiro Kamijo de Moraes¹

Universidade de São Paulo

Iara Pereira Ribeiro²

Universidade de São Paulo

DOI: <https://doi.org/10.62140/EMIR7172025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Saúde Pública no Brasil e direitos da pessoa idosa; 3. Metodologia; 4. Resultados; 4.1. Demandas, fundamento jurídico das decisões e o Estatuto da Pessoa Idosa; 4.2. Achados da pesquisa; 5. Considerações finais.

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil (1988) elevou a saúde à categoria de direito social (art. 6º), estabelecendo-a como direito de todos e dever do Estado (art. 196). O constante aumento na Judicialização da Saúde, porém, expõe o descompasso entre os ditames constitucionais e a realidade fática, bem como evidencia a centralidade do Poder Judiciário na garantia de tal direito. Considerando

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). E-mail: eupkmoraes@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1439-4248>

² Docente da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP); Doutora em Direito Civil e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Bacharel em Direito e Letras. E-mail: iararibeiro@usp.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4085-695X>

a crescente judicialização e a atualidade do envelhecimento populacional brasileiro, este artigo questiona a efetivação do direito à saúde das pessoas idosas, com especial enfoque na proteção conferida pela Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa). A fim de conhecer as demandas pleiteadas, o fundamento das decisões judiciais e sua consonância com o ordenamento jurídico pátrio, desenvolveu-se pesquisa empírica, qualitativa, exploratória e descritiva mediante análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) – em relação às decisões atinentes à Saúde Pública, advindas da comarca de Ribeirão Preto, e proferidas de 21/04/2022 a 21/04/2024. Identificou-se a prevalência de demandas por medicamentos, fraldas geriátricas e aparelhos respiratórios. Os resultados apontam, ainda, para uma tendência de julgamento que excede a hipótese inicial de pesquisa, indicando também uma temática promissora e pouco explorada de estudo.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde; Direitos da Pessoa Idosa; Acesso à Justiça; Pesquisa Empírica.

Abstract: The Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988) elevated health to the category of a social right (art. 6), establishing it as a right of all and a duty of the State (art. 196). The constant increase in the Judicialization of Health, however, exposes the mismatch between constitutional dictates and factual reality, as well as highlighting the centrality of the Judiciary in guaranteeing this right. Considering the growing judicialization and the current aging of the Brazilian population, this article questions the effectiveness of the right to health for the elderly, with a special focus on the protection afforded by Law nº 10.741/2003 (Statute of the Elderly). In order to find out about the demands made, the legal basis of the court decisions and their consistency with the country's legal system, an empirical, qualitative, exploratory and descriptive study was carried out through a jurisprudential analysis of the São Paulo Court of Justice – regarding decisions relating to Public Health, coming from the Ribeirão Preto district, and handed down from 04/21/2022 to 04/21/2024. The prevalence of demands for medicines, geriatric diapers and respiratory devices was identified. The results also point to a judgment trend that exceeds the initial research hypothesis, indicating a promising and little-explored subject for study.

Keywords: Judicialization of Health; Rights of the Elderly; Access to Justice; Empirical Research.

1. INTRODUÇÃO

No início do século XX, a expectativa de vida de um recém-nascido brasileiro remontava a 33,7 anos, atingindo o marco de 63,5 anos apenas na década de 1980. Projeções da época previam que a longevidade brasileira alcançaria 72,1 anos em meados de 2020-2025 (HOOVER; SIEGEL, 1982 *apud* KALACHE; VERAS; RAMOS, 1987, p. 202). A realidade, porém, superou a predição.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a expectativa de vida ao nascer de 76,2 anos foi alcançada em 2019 e, apesar de impactada pela pandemia de Covid-19, restou ultrapassada em 2023, perfazendo os 76,4 anos (IBGE, 2024). Essa realidade, associada à redução da taxa de natalidade, aponta para o envelhecimento da população brasileira.

Estima-se que, em 2030, a população idosa corresponderá a 41,6 milhões de pessoas, compondo um terço da população nacional em 2060 e, no final do século, a mais de 40% da população brasileira (ARAUJO et al., 2021, p. 3).

Esse fenômeno segue acompanhado pela mudança no perfil epidemiológico nacional, com a maior prevalência de doenças crônicas e degenerativas (mais frequentes entre os idosos) em oposição às infecciosas e parasitárias.

O crescimento constante da população idosa exige, portanto, o enfoque público no atendimento médico preventivo e acompanhamento constante, para além da medicina curativa (OLIVEIRA, 2019, p. 70-71) – resultando em uma maior demanda e utilização (presente e futura) do Sistema Único de Saúde (SUS).

Quando as instituições de saúde falham (pelo *déficit* ou inexistência das prestações estatais devidas), a seara jurídica apresenta-se como uma possibilidade à concretização de tais pretensões. Considerando a atualidade da questão, o presente trabalho teve como objetivos: conhecer as demandas judiciais envolvendo o direito à saúde dos idosos, verificar a efetivação desse direito, e identificar o fundamento jurídico dessas decisões – propiciando um panorama geral da situação, quiçá, útil à sua futura e eventual melhoria.

A pesquisa empírica desenvolveu-se mediante análise jurisprudencial das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), de 21/04/2022 a 21/04/2024, adstritas à comarca de Ribeirão Preto e à temática da Saúde Pública.

O artigo foi estruturado em três partes. A primeira consiste em uma breve exposição sobre o direito à saúde no Brasil, juntamente com a proteção legalmente conferida à população idosa. Posteriormente, aprofunda-se a metodologia utilizada, seguida dos resultados e achados da pesquisa. Ao fim, apresentam-se as considerações finais.

2. SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E DIREITOS DA PESSOA IDOSA

A Constituição da República Federativa do Brasil (1988), influenciada pelo movimento sanitário da década de 1980, foi a primeira constituição brasileira a prever o acesso universal e igualitário à saúde (art. 196). Ainda, elevou-a à categoria de direito social (art. 6º), estabelecendo-a como direito de todos e dever do Estado (SANT’ANA, 2013, p. 198-199).

No Brasil, o Sistema Único de Saúde (SUS) é regido pelos princípios da gratuidade, universalidade e igualdade. A gratuidade impede que algum valor seja requerido dos usuários, sob pena de se incorrer no crime de concussão (art. 316, do Código Penal)³. Os demais princípios garantem que toda a população possua acesso às prestações estatais de saúde, cujos serviços devem ser equitativos e justos, segundo as particularidades de cada grupo social (AITH; DALLARI; MAGGIO, 2019, p. 12-13).

Nesse âmbito, inserem-se os idosos, que, além dos direitos garantidos à universalidade da população, gozam de proteção especial – conferida tanto pela

³ “**Art. 316** - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” (BRASIL, 1940)

Constituição (arts. 229 e 230)⁴ quanto pela Lei nº 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), sancionada em 1 de outubro de 2003.

Considerando “idosas” as pessoas com 60 anos ou mais (art. 1º), o referido Estatuto lhes propicia tratamento diferenciado. Destaca-se a prioridade no acesso aos serviços de saúde e na “destinação privilegiada de recursos públicos às áreas” voltadas à sua proteção (art. 3º, §1º, III e VIII)⁵ – com o fito de se garantir a implementação da política de atendimento aos idosos, descrita a partir do art. 46 (PINHEIRO, 2012, p. 81).

Em seu art. 15, *caput*, é assegurada atenção integral por intermédio do SUS às pessoas idosas, “incluindo a atenção especial às doenças que [lhes] afetam preferencialmente”. O §2º estabelece como dever do Poder Público o fornecimento gratuito de medicamentos, “especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao [seu] tratamento, habilitação ou reabilitação” (BRASIL, 2003).

Tais direitos e garantias somam-se aos demais “direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”, prevendo o Estatuto a proteção integral aos idosos e a garantia (por lei ou outros meios) de “todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade” (art. 2º).

⁴ “**Art. 229.** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” (BRASIL, 1988)

⁵ “**Art. 3º** É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º A garantia de prioridade compreende:

(...)

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à pessoa idosa;

(...)

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

(...) (BRASIL, 2003)

Com a Lei nº 10.741/2003, portanto, há o reconhecimento da pessoa idosa como sujeito de direitos, ao mesmo tempo em que se formula uma política de atendimento diferenciada consoante as vulnerabilidades desse grupo social (OLIVEIRA; VERAS, 2018).

Em que pese a existência de tais prescrições, a realidade pode não corresponder à conjuntura almejada. O aumento na Judicialização da Saúde em 85% perante tribunais de segunda instância (de 2009 a 2017) – dentre os quais destacou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) – denota um possível descompasso entre os referidos ditames normativos e a realidade fática, bem como evidencia a centralidade do Poder Judiciário brasileiro na garantia de tal direito (CNJ, 2019).

Nesse sentido, inserem-se os objetivos do trabalho: conhecer as demandas judiciais envolvendo o direito à saúde dos idosos; verificar a efetivação desse direito; identificar o fundamento jurídico das decisões; bem como a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, inclusive, quanto ao uso da legislação especializada (Lei nº 10.741/2003).

3. METODOLOGIA

A pesquisa empírica – de abordagem qualitativa e finalidade exploratória e descritiva – desenvolveu-se mediante análise jurisprudencial de decisões proferidas em segunda instância, acessíveis pelo *site* institucional do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). As decisões coletadas, originárias da comarca de Ribeirão Preto, referiam-se ao período de 21/04/2022 a 21/04/2024 e à temática da Saúde Pública. A palavra-chave de pesquisa foi “idoso” (estando o ícone de “busca por sinônimos” selecionado).

Apesar da filtragem inicial, as 161 decisões coletadas precisaram ser refinadas. Descartaram-se as que: 1) não envolviam pessoa idosa; 2) tratavam apenas de questão processual; 3) não se referiam à Saúde Pública; 4) não envolviam demanda de saúde; ou 5) cujo direito pleiteado não se direcionava ao idoso litigante.

Após o refinamento, verificou-se a existência de 71 julgados válidos à pesquisa, proferidos por 14 órgãos julgadores distintos do TJSP – permitindo que os resultados vindouros continuassem a refletir o posicionamento geral do Tribunal, sem prejuízos ao estudo.

As decisões foram alocadas em planilha detalhada, possibilitando a identificação e enumeração dos argumentos aduzidos pelos magistrados. Posteriormente, técnicas estatísticas (frequência absoluta e relativa) foram usadas para mensurar a proeminência de tais argumentos. Ao final, os dados coletados e gerados foram analisados e valorados com o auxílio de bibliografia complementar.

4. RESULTADOS

4.1. Demandas, Fundamento jurídico das decisões e o Estatuto da Pessoa Idosa

Verificou-se que os pedidos se centraram no fornecimento de medicamentos (39,71%) – para o tratamento de cânceres, tumores, fibrose pulmonar idiopática e outras doenças graves –, bem como na concessão de fraldas geriátricas (25%), em virtude de incontinência urinária causada por sequela de AVC ou pela progressão da Doença de Alzheimer.

A entrega de aparelhos respiratórios CPAP e Bipap também foi pleiteada (17,65%), com vistas ao tratamento da Síndrome da Apneia Obstrutiva do Sono (geralmente, grave) que acometia os idosos litigantes.

Todas as decisões concederam a tutela de saúde requerida, ainda que, em raras ocasiões, de forma parcial (por exemplo, limitando as fraldas geriátricas a 90 unidades por mês). A inexistência de indeferimentos revelou, portanto, uma tendência de julgamento favorável às pessoas idosas.

A argumentação dos magistrados centrou-se no direito à saúde previsto constitucionalmente, bem como em sua relação com o direito à vida. A garantia do acesso universal, igualitário e isonômico aos serviços de saúde também foi mencionada.

Observou-se uma valorização das prescrições e relatórios médicos, aos quais atribuiu-se significativa força probante. Tais prescrições não foram limitadas pelas listas de medicamentos e insumos fornecidos pelo SUS, nem pelos alegados óbices financeiros da Administração Pública. Segundo os desembargadores, os direitos à vida e à saúde prevaleceriam sobre qualquer interesse secundário do Estado (*lato sensu*).

Os argumentos desfavoráveis aos idosos, com frequência significativamente inferior, não elidiram a responsabilidade da Administração Pública. Em algumas ocasiões, resultaram na autorização para o fornecimento de medicamentos ou insumos sem marca comercial específica; na limitação da multa cominatória; ou na exigência de renovação periódica da receita médica – sem que isso impedisse a obtenção da tutela pleiteada.

A legislação especializada (Lei nº 10.741/2003 – Estatuto da Pessoa Idosa) foi pouco explorada pelos magistrados, sendo citada (quanto ao direito material à saúde) em apenas 6 decisões. Os artigos transcritos do Estatuto também não foram explanados. No entanto, isso não afetou os desfechos decisórios, visto que a hipótese inicial da pesquisa (de não efetivação do direito à saúde) foi superada, pois não houve indeferimentos.

4.2. Achados da pesquisa

A proeminência de 25% nos pedidos por fraldas geriátricas não era esperada. Tais demandas se diferenciam das demais, na medida em que envolvem um aspecto prático e psicológico da reabilitação. Explicitam, assim, a amplitude do direito à saúde

– que abrange diversas facetas e envolve outros direitos fundamentais, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal/1988).

Observou-se, ainda, que 60,29% das ações judiciais foram protagonizadas por pessoas idosas do sexo feminino. Tal informação coaduna-se com os dados estatísticos relativos à maior longevidade feminina. Segundo o IBGE, em 2023, a expectativa de vida ao nascer do sexo masculino atingiu 73,1 anos, enquanto que a do sexo feminino alcançou os 79,7 anos (IBGE, 2024).

Essa diferença pode ser explicada pela maior mortalidade de pessoas do sexo masculino, ainda jovens, por fatores externos ou não naturais – como “homicídios, suicídios, acidentes de trânsito, afogamentos, quedas acidentais, etc.” (IBGE, 2024) –, bem como pela “presença de uma cultura de autocuidado” feminina (BARROS; CESAR; LIMA; SOUSA, 2018 *apud* ARAUJO et al., 2021, p. 5).

No entanto, as causas do aludido protagonismo judicial, verificado nas decisões analisadas, carecem de um estudo mais apurado para a sua adequada identificação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos últimos anos, o desenvolvimento econômico-social brasileiro refletiu-se na composição etária prevalente dos cidadãos. O aumento da expectativa de vida, associado à transição epidemiológica nacional, evidencia, assim, uma realidade desafiadora em termos de políticas públicas eficazes no atendimento das necessidades presentes e futuras da população idosa.

O Sistema Único de Saúde (SUS) tenderá a ser mais requerido e – em havendo dificuldades burocráticas, financeiras ou materiais no atendimento das demandas – o Poder Judiciário também o será. Há indícios, porém, de que o direito à saúde eventualmente não concretizado na seara administrativa tenderá a ser restabelecido na instância judicial, tal como observado nas decisões do TJSP

(proferidas entre 21/04/2022 e 21/04/2024, advindas da comarca de Ribeirão Preto e relativas à Saúde Pública).

Nos julgados analisados, as fundamentações revelaram-se coerentes com o ordenamento jurídico pátrio, a jurisprudência dos tribunais superiores e, não raramente, propensas a interpretar as normas em benefício das pessoas idosas – corroborando a conclusão anterior. Observou-se, contudo, uma possibilidade de aprimoramento a partir do melhor manejo da legislação especializada (Lei nº 10.741/2003 – Estatuto da Pessoa Idosa), que, na ocasião, demonstrou-se incipiente.

Os dados coletados indicam, portanto, uma tendência à concretização judicial do direito à saúde dos idosos (com base no dispositivo constitucional). Identificou-se, ainda, um campo promissor de estudo sobre o “envelhecimento e a litigância feminina” – instigando uma futura reflexão sobre a abrangência de tal protagonismo, bem como de suas respectivas causas e consequências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, F.; DALLARI, S. G.; MAGGIO, M. P. O Direito Sanitário e seu Campo no Brasil. In: *Direito Sanitário: aspectos contemporâneos da tutela do direito à saúde*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 7–35.

ARAUJO, A. D. S. et al. Caracterização do envelhecimento populacional no estado de Alagoas: desdobramentos da vulnerabilidade social. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 9, p. e6210917700, 21 jul. 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/17700>. Acesso em: 24 fev. 2025

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 fev.

2025

BRASIL. Estatuto da Pessoa Idosa. Lei nº 10.741/2003. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 24 fev. 2025

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848/1940. Rio de Janeiro, 1940.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 fev. 2025

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2025

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Tábuas Completas de Mortalidade para o Brasil – 2023: Breve análise da evolução da mortalidade no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/3097/tcmb_2023.pdf. Acesso em: 24 fev. 2025

KALACHE, A.; VERAS, R. P.; RAMOS, L. R. O envelhecimento da população mundial: um desafio novo. Revista de Saúde Pública, v. 21, n. 3, p. 200–210, jun. 1987. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101987000300005&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 24 fev. 2025

OLIVEIRA, A. S. Transição Demográfica, Transição Epidemiológica e Envelhecimento Populacional no Brasil. Hygeia - Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde, v. 15, n. 32, p. 69–79, 1 nov. 2019. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/hygeia/article/view/48614>. Acesso em: 24 fev. 2025

OLIVEIRA, M.; VERAS, R. P. Envelhecer no Brasil: a construção de um modelo de cuidado. Ciência & Saúde Coletiva, v. 23, n. 6, p. 1929–1936, jun. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/snwTVYw5HkZyVc3MBmp3vdc/?lang=pt>. Acesso em: 24 fev. 2025

PINHEIRO, N. M. Estatuto do idoso: comentado. [s.l.] Servanda Editora, 2012.

SANT’ANA, R. Judicialização da Saúde: oportunidade de desenvolvimento do SUS. In: Direito e Saúde: enfoques interdisciplinares. 22ª ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 197–211.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA: DESAFIOS E PERSPETIVAS NA ERA DIGITAL

Personal data protection in the European Union: Challenges and perspectives in the digital age

Eugénio Lucas¹

Instituto Politécnico de Leiria

DOI: <https://doi.org//10.62140/EL7292025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais; 3. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; 4. Considerações Finais.

Resumo: O avanço tecnológico e a digitalização de informação têm gerado uma crescente preocupação em relação à proteção de dados pessoais e ao direito à privacidade na União Europeia (UE). A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) reflete a tensão existente entre a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente o direito à privacidade e à proteção de dados e as novas formas de processamento e compartilhamento de dados que emergem na era digital. Este artigo procura explorar como o TJUE tem abordado essa questão e identificar alguns desafios que ainda persistem, nomeadamente a definição de conteúdo essencial e de limitação desses direitos fundamentais.

A investigação revelou que a jurisprudência do TJUE desempenha um papel crucial na modelagem da proteção de dados na UE. Decisões como a dos casos

¹ Professor Coordenador Principal, ESTG, Instituto Politécnico de Leiria; Instituto Jurídico Portucalense - Polo de Leiria. Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9795-1707> E-mail: eugenio.lucas@ipleiria.pt

“Google Spain SL” e “Schrems” destacam o impacto das decisões do TJUE na definição de limites e responsabilidades das empresas no tratamento de dados pessoais e revelam que o TJUE está atento às ameaças à privacidade e às implicações de um ambiente digital em constante mudança.

As conclusões deste estudo enfatizam a importância de um marco regulatório robusto e fluido que possa responder não apenas aos desafios atuais, mas também às incertezas futuras em relação à proteção de dados na UE. Recomenda-se a criação de mecanismos mais eficazes de fiscalização e a harmonização das legislações nacionais com as decisões do TJUE e a necessidade de investir em educação e consciencialização sobre a importância da privacidade e da proteção de dados, tanto para os cidadãos quanto para as empresas e organizações.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; Conteúdo essencial dos direitos fundamentais; Regulamento Geral de Proteção de Dados; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Summary: 1. Introduction; 2. Concept of essential content of fundamental rights; 3. Case law of the Court of Justice of the European Union; 4. Final Considerations.

Abstract: Technological advances and the digitalization of information have generated growing concerns regarding the protection of personal data and the right to privacy in the European Union (EU). The case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) reflects the tension between the protection of individuals' fundamental rights, especially the right to privacy and data protection, and the new forms of data processing and sharing that emerge in the digital age. This article seeks to explore how the CJEU has approached this issue and to identify some

challenges that still persist, namely the definition of essential content and limitations of these fundamental rights.

The research revealed that CJEU case law plays a crucial role in shaping data protection in the EU. Decisions such as the “Google Spain SL” and “Schrems” cases highlight the impact of CJEU decisions in defining the limits and responsibilities of companies in the processing of personal data and reveal that the CJEU is attentive to threats to privacy and the implications of an ever-changing digital environment.

Thus, the conclusions of this study emphasize the importance of a robust and fluid regulatory framework that can respond not only to current challenges but also to future uncertainties regarding data protection in the EU. It is recommended that more effective monitoring mechanisms be created and that national legislation be harmonized with the decisions of the CJEU and that there is a need to invest in education and awareness-raising on the importance of privacy and data protection, both for citizens and for companies and organizations.

Keywords: Protection of personal data; Essential content of fundamental rights; General Data Protection Regulation; Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Introdução

A crescente digitalização e o uso intensivo de dados pessoais pelas empresas, organizações, instituições governamentais e particulares têm suscitado preocupações significativas sobre a proteção dos direitos fundamentais, particularmente no que se refere à privacidade e ao tratamento de dados.

Na União Europeia (UE) a proteção dos direitos fundamentais é uma questão basilar, nomeadamente no contexto da evolução tecnológica e da digitalização que pode colocar em risco a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Para proteger estes direitos tem sido criada legislação específica nesta matéria e a aplicação e interpretação das normas sobre proteção de dados e privacidade são frequentemente discutidas no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), cujas decisões têm implicações significativas na proteção dos direitos fundamentais.

Neste artigo pretendemos analisar como o TJUE aborda a conciliação entre inovação tecnológica e a proteção dos direitos fundamentais, especialmente a privacidade dos cidadãos europeus e explorar a eficácia das decisões do TJUE na garantia desses direitos, analisando os desafios e as oportunidades na implementação e harmonização das normas de proteção de dados entre os Estados-Membros da UE, nomeadamente a definição de conteúdo essencial desses direitos e liberdades.

A metodologia adotada nesta investigação é de natureza analítica e descritiva, utilizando uma abordagem qualitativa. A recolha de dados inclui a análise de decisões relevantes proferidas pelo TJUE, bem como o estudo da legislação europeia pertinente, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).

A entrada em vigor do Tratado da União Europeia (TUE) e da CDFUE em 2009 desenhou um novo panorama jurídico para a proteção de dados pessoais na UE. A consagração no artigo 8.º do direito à proteção de dados pessoais, e no artigo 7.º do direito ao respeito pela vida privada, como direitos fundamentais autónomos constituiu uma novidade a nível europeu².

No presente artigo serão abordadas duas questões dentro da temática geral da proteção e privacidade de dados: o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a inter-relação entre respeito pela vida privada e a proteção dos dados de carácter pessoal, ambas as análises numa perspetiva doutrinal e jurisprudencial.

² Sobre a origem do direito à proteção de dados na UE v. FUSTER, Gloria González. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Cham: Springer, 2014.

Conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais

O enquadramento legal em matéria de proteção de dados pessoais e do direito à privacidade na UE encontra-se em múltiplos diplomas legais³. Neste capítulo analisaremos apenas a relevância da CDFUE⁴ e do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)⁵ na temática em análise.

A CDFUE foi proclamada a 7 de dezembro de 2000, sem efeito jurídico vinculativo, constituindo na sua essência um compromisso político, mas que o TJUE rapidamente a reconheceu como fonte de direito⁶. Em 12 de dezembro de 2007, depois de ter sido adaptada para que se tornasse juridicamente vinculativa com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa (assinado a 13 de dezembro de 2007) foi proclamada pela segunda vez, tendo entrado em vigor conjuntamente com o Tratado de Lisboa a 1 de dezembro de 2009.

O RGPD foi publicado a 27 de abril de 2016 e entrou em vigor a 25 de maio de 2018 e é um regulamento de cumprimento obrigatório que concede aos cidadãos um conjunto de direitos relativos aos seus dados pessoais, os quais podem ser exercidos junto das entidades que os processam e armazenam.

Efetivamente no seguimento da criação da CDFUE, surgiu a necessidade de reforçar a proteção de dados, prevista no seu art.º 8.º, e de harmonizar a legislação existente nos Estados-Membros, criando as bases para o mercado único digital. Também a jurisprudência do TJUE criou novos princípios nesta matéria, como, por exemplo, o direito ao esquecimento⁷, que era importante consolidar num novo regime

³ FRA - European Union Agency for Fundamental Rights. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_pt.pdf

⁴ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C 202/02). JO C 202 de 7.6.2016, p. 389-405.

⁵ Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁶ SILVEIRA, Alexandra. *Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? - Eis a questão!* Revista Julgar, n.º 22, 2014, pp. 179-209.

⁷ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014.

normativo. Estas duas realidades contribuirão decisivamente para a criação do RGPD.

No seu artigo 7.º a CDFUE consagra o respeito pela vida privada e no seu artigo 8.º proteção dos dados de carácter pessoal, sendo que ambos estes direitos podem ser limitados nos termos do artigo 52.º n.º 1 da CDFUE, que estabelece que os direitos fundamentais da UE, como o respeito pela vida privada e à proteção dos dados pessoais, podem ser limitados se as limitações em causa forem previstas por lei, se respeitarem o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e se cumprirem o princípio da proporcionalidade.

Embora muito se tenha escrito sobre o princípio da proporcionalidade, menor atenção tem sido dada à segunda condição do artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE, o conteúdo essencial e revela-se assim fundamental na análise deste conceito.

Ainda sobre as possíveis limitações refere o artigo 52.º n.º 7 “Os órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros têm em devida conta as anotações destinadas a orientar a interpretação da presente Carta”, sendo que estas anotações⁸ incluem mais detalhes sobre possíveis limitações permitidas aos direitos fundamentais da UE.

Assim, os direitos garantidos no artigo 7.º da CDFUE correspondem aos garantidos pelo artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e este direito tem um sentido e um âmbito igual, com as mesmas limitações, às do artigo correspondente da CEDH⁹.

Relativamente ao artigo 8.º da CDFUE as anotações referem que este artigo se baseou no artigo 286.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, na Diretiva 95/46/CE¹⁰ (já revogada), bem como no artigo 8.º da CEDH e na Convenção do

⁸ Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303 de 14.12.2007

⁹ Anotação ad artigo 7.º, Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303 de 14.12.2007

¹⁰ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. JO L 281 de 23.11.1995, p. 31-50.

Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de janeiro de 1981.

No que respeita ao artigo 52.º da CDFUE as anotações referem que “a fórmula utilizada inspira-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça”¹¹. Efetivamente o TJUE em 2000, antes da criação da CDFUE, já referia “segundo jurisprudência bem assente, podem ser introduzidas restrições ao exercício desses direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, desde que essas restrições correspondam, efectivamente, a objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, face a esses objectivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável, susceptível de atentar contra a própria essência desses direitos”¹².

Os referidos interesses gerais reconhecidos pela UE, que podem justificar limitações, abrangem tanto os objetivos referidos no artigo 3.º do TUE como outros interesses protegidos por disposições específicas dos Tratados, como o artigo 4.º, n.º 1 do TUE e os artigos 35.º, n.º 3, 36.º e 346.º Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Mas as referências ao conceito de conteúdo essencial não se limitam ao artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE, mas estão também presentes em disposições de direito secundário como o RGPD, que contém três normas sobre a necessidade de respeitar o conteúdo essencial, que se referem a uma exigência que deve ser cumprida pelo legislador e estabelecem uma relação entre a obrigação de legislar em alguns casos e a necessidade de legislar respeitando a essência dos direitos fundamentais relevantes.

O artigo 9.º do RGPD, sobre o tratamento de categorias especiais de dados pessoais, dispõe no seu n.º 2 alínea g) que se o tratamento for necessário por motivos de interesse público importante, com base no direito da UE ou de um Estado-Membro, que deve ser proporcional ao objetivo visado e “respeitar a essência do

¹¹ Anotação ad artigo 52.º, Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais, JO C 303 de 14.12.2007

¹² Processo C-292/97, Kjell Karlsson e o., 13 de abril de 2000, parágrafo 45.

direito à proteção dos dados pessoais”. No mesmo artigo, no n.º 2 alínea j) relativo a fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica, ou histórica, ou para fins estatísticos, em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1, com base no direito da UE ou de um Estado-Membro, refere que deve ser proporcional ao objetivo visado e “respeitar a essência do direito à proteção dos dados pessoais”. Em terceiro lugar o artigo 23.º n.º 1 do RGPD define que o direito da UE ou dos Estados-Membros podem limitar por medida legislativa o alcance de certas obrigações e direitos “desde que tal limitação respeite a essência dos direitos e liberdades fundamentais e constitua uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para assegurar”, se estiver em conformidade com outros requisitos previstos no artigo 23.º.

A referida segunda condição do artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE, o conteúdo essencial dos direitos e liberdades reconhecidos pela CDFUE, também prevista no artigo 9.º e 23.º do RGPD não deve ser analisado isoladamente de um contexto constitucional mais amplo, em concreto do direito constitucional dos Estados-Membros da UE, onde há Constituições que contêm cláusulas gerais sobre limitações de direitos fundamentais que fazem referência expressa à proteção da essência, outras Constituições incluem cláusulas de limitação geral que não incluem tais referências específicas, e ainda outras Constituições não contêm uma cláusula global de proteção, mas preveem limitações específicas em relação aos direitos individuais¹³.

É na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 que encontramos a origem do conceito de conteúdo essencial quando refere “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”¹⁴. Muitas outras Constituições europeias, como a portuguesa¹⁵, ou a espanhola¹⁶, também vêm posteriormente a abordar esta questão.

¹³ Para uma visão global v. TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. *The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?*. German Law Journal, 20, 2019, pp. 794-816. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.63>

¹⁴ Artigo 19.º, n.º 2, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949.

¹⁵ Artigo 18.º, n.º 3, Constituição da República Portuguesa, 1976.

¹⁶ Artigo 53.º, n.º 1, Constituição Espanhola, 1978.

Além dos tribunais, nomeadamente o TJUE, também as instituições e os organismos europeus e autores discutem o conceito de conteúdo essencial do direito. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados descreveu o não respeito da essência como implicando que um direito “is in effect emptied of its basic content and the individual cannot exercise”¹⁷, o que parece confundir, pelo menos parcialmente, a exigência de respeitar a essência de um direito com a possibilidade de exercer um direito.

Pela negativa Brkan entende que a essência de um direito fundamental pode ser considerada como não respeitada quando “the interference with the fundamental right calls into question the existence of the fundamental right either for a particular right holder or for all right holders and if overriding reasons for such interference do not exist”¹⁸.

Para Ojanen, a única forma possível de definir a essência de um direito fundamental é “by taking into account carefully the normative elements of each fundamental right and the characteristics of a particular case”¹⁹ e entende também que “the essence of a fundamental right cannot usually be determined in light of its textual formulation in the Charter”²⁰, mas que “the identification of the essence is a matter of contextual, moment-to-moment interpretation”²¹.

No essencial existem duas teorias principais relativas ao conceito de essência dos direitos fundamentais. Para a teoria absoluta, todo o direito fundamental tem um núcleo intocável, que o coloca fora do âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade. A teoria relativa constrói a essência como um conceito

¹⁷ EDPS, *Guidelines on the assessment of the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*, 19 December 2019. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/edps-guidelines-assessing-proportionality-measures_en, p. 8.

¹⁸ BRKAN, Maja. *The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: Peeling the onion to its core*. European Constitutional Law Review, 14(2), 2018, p. 363.

¹⁹ OJANEN, Tuomas. *Making the essence of fundamental rights real: the Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental rights under the Charter*: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner. European Constitutional Law Review, 12(2), 2016, p. 326.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

redundante, partindo da premissa de que todas as interferências nos direitos fundamentais podem ser determinadas com a aplicação do princípio da proporcionalidade e questiona a utilidade e o valor acrescentado do conceito de essência²².

Nesta divisão doutrinal entendemos que a noção de essência, tal como está consagrada no artigo 52.º n.º 1 da CDFUE, deve ser interpretada como um conceito constitucional independente, que não faz parte do princípio da proporcionalidade. Uma análise do texto do artigo 52.º n.º 1 da CDFUE é clara nesta matéria ao referir “respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades” e a observância do princípio da proporcionalidade está referido numa diferente frase do mesmo artigo. Igualmente a jurisprudência do TJUE antes e depois da CDFUE, analisada no próximo capítulo, é clara ao reconhecer o conceito de essência como um conceito independente. Um terceiro argumento é o de que a essência atua como uma defesa extra contra as interferências mais graves e evidentes nos direitos fundamentais, para as quais não há justificação possível e por isso não é possível estabelecer um equilíbrio de proporcionalidade, o que pode resultar no comprometimento da essência de um direito fundamental²³.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Como já analisado supra o TJUE em 2000, antes da aprovação da CDFUE em 2009, já defendia a obrigação de se respeitar a própria essência dos direitos fundamentais²⁴. Igualmente antes da consagração do direito à vida privada na CDFUE, o TJUE já se tinha referido ao direito ao respeito pela vida privada, como um direito fundamental protegido pela ordem jurídica da UE, tendo de seguida referido que o Estado-Membro pode adotar medidas suscetíveis de limitar as

²² BRKAN, Maja. *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*. German Law Journal, 20, 2019, pp. 866-867. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.66>

²³ Idem, pp. 867-869.

²⁴ Processo C-292/97, Kjell Karlsson e o., 13 de abril de 2000, parágrafo 45.

liberdades do Tratado, se essas medidas se justificarem em conformidade com o direito da UE, lido à luz dos direitos fundamentais da UE²⁵.

Depois da criação da CDFUE e do RGPD, o TJUE continua a ter uma função essencial no aprofundamento da proteção de dados pessoais e do direito à privacidade na UE. Uma decisão do TJUE, já clássica nesta temática, resultou do processo Google Spain²⁶ em que o cidadão espanhol M. Costeja González requereu à Google Spain ou à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem notícias relativas à venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González e alegava que o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.

Este caso estabeleceu o direito ao esquecimento, reforçando que os indivíduos têm a autoridade para solicitar a remoção de informações pessoais irrelevantes ou prejudiciais dos motores de busca²⁷. Um dos direitos que o RGPD veio a consagrar, o direito ao apagamento dos dados (“direito a ser esquecido”), teve diversas influências na sua criação, nomeadamente da ordem jurídica francesa (*droit à l’oubli*)²⁸ e do acórdão Google Spain do TJUE²⁹.

Mas este acórdão discutiu muitas outras questões relevantes. Entendeu, por exemplo, que o direito ao esquecimento digital não é um direito fundamental absoluto. Refere o TJUE que em caso de litígio com a liberdade de informação há que procurar “um justo equilíbrio, designadamente, entre esse interesse e os direitos

²⁵ Processo C-62/90, Comissão das Comunidades Europeias v. República Federal da Alemanha, 08 de abril de 1992, parágrafo 23.

²⁶ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014.

²⁷ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, parágrafos 97 e 99.

²⁸ CASTELLANO, Pere Simón. *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*. Madrid: Bosch, 2015. p. 230.

²⁹ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014, parágrafo 81.

fundamentais dessa pessoa nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta”³⁰, o que revela por parte do TJUE uma defesa abrangente dos direitos à privacidade dos dados, incluindo o direito a ser esquecido, que teve grande impacto na liberdade de empreender uma atividade económica e na liberdade de expressão e de informação, que vem limitar o âmbito de aplicação do artigo 11.º da CDFUE.

Neste acórdão o TJUE decidiu ainda que a atividade dos operadores dos motores de busca da internet, ainda que estabelecidos fora da UE, que incide sobre dados pessoais está sujeita à respetiva disciplina legal da UE (na altura a Diretiva 95/46/CE)³¹.

Relativamente à questão do conceito de conteúdo essencial do direito à vida privada e à proteção dos dados de carácter pessoal o TJUE abordou esta questão pela primeira vez no processo *Digital Rights Ireland*³². Neste processo os pedidos de decisão prejudicial têm por objeto a validade da Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

Na sua decisão o TJUE invalidou a diretiva com o fundamento de que a mesma violava os direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados³³. Na fundamentação a análise da essência do direito fundamental à reserva da vida privada situa-se na parte do acórdão relativa à justificação da ingerência em ambos os direitos fundamentais acima referidos, não sendo este conceito de essência a justificação fulcral do acórdão para a decisão tomada, mas considerando que o núcleo essencial do direito fundamental à proteção de dados estaria salvaguardado³⁴.

³⁰ Idem, parágrafo 81.

³¹ Idem, parágrafos 55, 56.

³² Processos apensos C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd contra Minister for Communications, Marine and Natural Resources e o. e Kärntner Landesregierung e o.*, 8 de abril de 2014.

³³ Idem, parágrafos 69, 73.

³⁴ Idem, parágrafos 38, 40.

O TJUE determinou que, apesar de a conservação de dados imposta pela Diretiva 2006/24 representar uma ingerência particularmente grave nos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados pessoais, ela não comprometia o conteúdo essencial desses direitos. Mas ainda que o núcleo essencial estivesse salvaguardado, a legislação era desproporcionada e foi este o entendimento do TJUE que esteve na base da declaração de invalidade da Diretiva 2006/24.

No processo *Tele2 Sverige AB*³⁵, sobre a interpretação do artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, o TJUE continua sem encontrar uma interferência na essência da violação, mas sim uma interferência particularmente grave nos direitos fundamentais dos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, mas existe uma tensão jurídica no seu raciocínio sobre o contributo do essencial do direito violado.

O TJUE considerou que a conservação de categorias tão amplas de dados violava o princípio da proporcionalidade. O relatório considerou que, embora o combate eficaz ao crime dependa fortemente da utilização de técnicas de investigação modernas, tal objetivo não poderia, por si só, justificar uma legislação que preveja a retenção geral e indiscriminada de todos os dados de tráfego e localização. Neste acórdão o TJUE recorda que “qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades por ela reconhecidos deve estar prevista por lei e respeitar o seu conteúdo essencial”³⁶, mas sobrepõe-se o peso do princípio da proporcionalidade na decisão³⁷.

No processo *Schrems*³⁸ o TJUE chamado a pronunciar-se sobre a interpretação, à luz dos artigos 7.º, 8.º e 47.º da CDFUE, dos artigos 25.º, n.º 6, e 28.º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de

³⁵ Processos apensos C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB* contra *Post- och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department* contra *Tom Watson* e o., 21 de dezembro de 2016.

³⁶ *Idem*, parágrafos 94, 101.

³⁷ *Idem*, parágrafos 94, 96, 116.

³⁸ Processo C-362/14, *Maximilian Schrems* contra *Data Protection Commissioner*, 6 de outubro de 2015.

dados pessoais e à livre circulação desses dados, questionado se os princípios do “porto seguro” garantiam um nível adequado de proteção dos dados pessoais transferidos da UE para os EUA e, consequentemente, se a Decisão da Comissão 2000/520/CE³⁹ é válida.

A Decisão 2000/520/CE consagrava o primado dos “requisitos de segurança nacional, interesse público ou [cumprimento da lei]” sobre os princípios de porto seguro, primado por força do qual as organizações americanas autocertificadas que recebem dados pessoais da UE estão obrigadas a afastar, sem limitação, esses princípios quando estes últimos entrem em conflito com aqueles requisitos e se revelem, portanto, incompatíveis com os mesmos⁴⁰.

Este caso surge depois revelações de Edward Snowden de que a Agência de Segurança Nacional dos EUA obteve acesso à grande quantidade de dados que foram transferidos para empresas e organizações dos EUA ao abrigo dos princípios do “porto seguro”.

A fundamentação com base na essência atingiu o seu auge no processo Schrems em que o TJUE na sua análise considerou que a “regulamentação que permita às autoridades públicas aceder de modo generalizado ao conteúdo das comunicações eletrónicas deve ser considerada lesiva do conteúdo essencial do direito fundamental ao respeito da vida privada, tal como é garantido pelo artigo 7.º da CDFUE”⁴¹, indo assim em sentido diverso da jurisprudência Digital Rights Ireland, mas Tribunal chegou a esta conclusão depois de já ter decidido que a medida em questão não está em conformidade com o princípio da proporcionalidade⁴². Em conclusão o TJUE entende que a Decisão 2000/520/CE é inválida, com um

³⁹ Decisão da Comissão 2000/520/CE, de 26 de julho de 2000, nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e relativa ao nível de proteção assegurado pelos princípios de «porto seguro» e pelas respetivas questões mais frequentes (FAQ) emitidos pelo Departamento of Commerce dos Estados Unidos da América.

⁴⁰ Processo C-362/14, Maximilian Schrems contra Data Protection Commissioner, 6 de outubro de 2015, parágrafo 86.

⁴¹ Idem, parágrafo 94.

⁴² Idem, parágrafo 92, 93.

contributo significativo do conceito de essência nessa fundamentação, tendo, pela primeira vez, declarado uma decisão inválida por interferir na essência de um direito

Em síntese nos processos Digital Rights Ireland e Tele2 Sverige AB a distinção entre uma violação grave ou particularmente grave de um direito e uma violação da sua essência é tão ténue que se torna praticamente impossível de ser traçada. Já no processo Schrems a violação da essência aproxima-se perigosamente da extinção do direito.

A identificação da essência pode também tornar-se relevante no equilíbrio dos diferentes direitos. O artigo 52.º, n.º 1 da CDFUE ao definir o âmbito da proporcionalidade estabelece que os direitos podem ser limitados quando é necessário proteger os direitos e liberdades de terceiros. Em caso de direitos concorrentes a essência de cada um deve ser protegida e o equilíbrio ocorre dentro da zona de conflito das periferias sobrepostas. Neste contexto, porém, as referências à essência têm sido escassas⁴³. Não foi feita qualquer referência, por exemplo, no já referido processo Google Spain⁴⁴, num conflito entre direito à informação e direito ao esquecimento.

No mesmo sentido, no processo Associação Sindical dos Juízes Portugueses⁴⁵ o TJUE utilizou o conceito de essência em relação aos valores fundamentais da UE previstos no artigo 2.º do TUE ao considerar que própria existência de uma fiscalização jurisdicional efetiva faz parte da essência do Estado de direito enquanto valor da UE⁴⁶.

Mais recentemente, no processo La Quadrature du Net relativo à existência de uma justificação ao abrigo do artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2002/58 para

⁴³ TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. Op. cit., p. 808.

⁴⁴ Processo C-131/12, Google Spain SL e Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González, 13 de maio de 2014.

⁴⁵ Processo C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas, 27 de fevereiro de 2018, parágrafo 36.

⁴⁶ A versão portuguesa do considerando 36 não se refere a “essência” mas a “inerente”. V. “...é inerente a um Estado de direito”. O mesmo sucede com a versão francesa e espanhola “...est inhérente à un État de droit”, “... es inherente a un Estado de Derecho”, ao contrário da versão inglesa “... of the essence of the rule of law”.

o acesso de uma autoridade pública a dados relativos à identidade civil correspondente a um endereço IP conservados pelos prestadores de serviços de comunicações eletrónicas para efeitos do combate à contrafação cometida em linha, o TJUE entende que interpretação desse artigo deve ter em conta a importância tanto do direito ao respeito da vida privada, como do direito à proteção dos dados pessoais, assim como do direito à liberdade de expressão, direito fundamental, que constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e pluralista, fazendo parte dos valores nos quais, em conformidade com o artigo 2.º do TUE, se baseia a UE⁴⁷.

A jurisprudência do TJUE nesta matéria tem vindo a densificar-se, mas ainda continua a desenvolver novos caminhos, no quais se inclui a definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Considerações finais

A análise da jurisprudência do TJUE demonstra que a essência do direito fundamental ao respeito pela vida privada e à proteção dos dados de carácter pessoal é ainda um conceito elusivo. Resulta da jurisprudência do TJUE que a interferência na essência dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados deve ser determinada caso a caso e que nessa análise há uma distinção entre interferências graves examinadas no âmbito do princípio da proporcionalidade e interferências na essência destes direitos fundamentais.

A jurisprudência do TJUE assinala que uma medida que interfira na essência de um direito fundamental qualificado não pode ser justificada de forma alguma: o conceito de essência é estranho à proporcionalidade por definição e as interferências na essência de um direito fundamental são incompatíveis com a CDFUE,

⁴⁷ Processo C-470/21, La Quadrature du Net, Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, Franciliens.net, French Data Network contra Premier ministre, Ministre de la Culture, 30 de abril de 2024, parágrafo 68.

independentemente de qualquer equilíbrio entre direitos concorrentes⁴⁸. Neste sentido Lenaerts analisando a jurisprudência do TJUE realça que para este tribunal “in order to determine whether a measure compromises the essence of a fundamental right, one must not only examine the intensity, but also the extent, of the limitation at issue”⁴⁹.

Verificamos também que a essência não é uma condição *sine qua non* da fundamentação do TJUE e que, em alguns casos, o TJUE não se refere à essência do direito fundamental, ou se se refere essência essa não é a fundamentação principal da sua decisão.

No entanto, uma medida pode ser anulada por razões relacionadas com a sua falta de respeito pela essência apenas para as interferências mais flagrantes: a proteção que a essência proporciona, embora extremamente poderosa na sua natureza, é também muito restrito no âmbito⁵⁰.

O objetivo do conceito de conteúdo essencial é o de garantir que os direitos fundamentais são preservados e que a regulação do exercício dos direitos não ameaça a existência de tais direitos. A essência de um direito fundamental deve ser entendida como tendo um núcleo interno que é irrenunciável. Se a essência foi violada, tal deve ser determinado pelo resíduo deixado após a violação.

O respeito pela essência do direito fundamental é, portanto, melhor entendido como uma condição autónoma que deve ser satisfeita separadamente do requisito da proporcionalidade.

A essência como “limite dos limites” assegura que todo o direito fundamental tem um conteúdo mínimo que é protegido da ingerência de atores públicos e privados. Isto significa que uma condição *sine qua non* para que uma

⁴⁸ LENAERTS, Koen. *Limits on limitations: the essence of fundamental rights in the EU*. German Law Journal, 20(6), 2019, p. 785.

⁴⁹ LENAERTS, Koen. Op. cit., p 786.

⁵⁰ CORTE, Lorenzo Dalla. *On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU*. International Data Privacy Law, 2022, Vol. 12, n.º 4, p. 274.

restrição seja permitida é que não afete a essência de um direito. Assim, uma intervenção governamental pode afetar elementos não essenciais sujeitos ao princípio da proporcionalidade, mas não deve ser realizada qualquer investigação de proporcionalidade em relação à essência, uma vez que esta nunca poderá ser anulada e assim a proporcionalidade começa onde a essência do direito fundamental termina⁵¹.

Neste enquadramento um primeiro problema surge do facto de não existir um consenso sobre o que compreende o conteúdo do direito fundamental da UE à proteção de dados pessoais e ao respeito pela vida privada. Esta indefinição não facilita a identificação do que poderá ser essência desse direito.

Uma abordagem diferente desta questão será a de colocar o seu foco não em questionar sobre qual seria a própria essência dos direitos em causa, mas antes discutir quanto uma limitação de um direito deve ser considerada uma violação do requisito da essência.

Existe também uma certa ambiguidade em torno da relação entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito ao respeito pela vida privada. A jurisprudência do TJUE tem progressivamente reconhecidos estes dois direitos como existindo de forma independente e separada um do outro, mas com aspetos comuns.

Em regra, o TJUE considera as limitações aos direitos previstos no art. 7.º e no art. 8.º da CDFUE em separado e de forma diferente, mas por vezes também considera conjuntamente limitações ao artigo 7.º e ao artigo 8.º da CDFUE. Tal sucedeu, por exemplo, no processo Volker und Markus Schecke em que refere que a “Carta estabelece que «[t]odas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito». Este direito fundamental está indissociavelmente relacionado com o direito ao respeito da vida privada consagrado no artigo 7.º desta mesma Carta”⁵²e também que “que o respeito pelo direito à vida privada

⁵¹ TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. Op. cit., p. 803.

⁵² Processos apensos C-92/09 e C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09) e Hartmut Eifert (C-93/09) v. Land Hessen, 09 de novembro de 2010, parágrafo 47.

relativamente ao tratamento de dados pessoais, reconhecido pelos artigos 7.º e 8.º da Carta, abrange todas as informações relativas a qualquer pessoa singular identificada ou identificável”⁵³.

No mesmo sentido o TJUE refere-se frequentemente em conjunto aos artigos 7.º e 8.º da CDFUE quando decide genericamente sobre a legislação da UE em matéria de proteção de dados, sem apresentar qualquer distinção específica relativamente às implicações de se basear numa norma ou noutra⁵⁴.

Pode-se também discutir se o TJUE ao assumir a liderança na proteção dos direitos à privacidade dos dados abriu uma caixa de Pandora no que diz respeito à inter-relação entre esses direitos e o artigo 16.º do TFUE, com interesses alternativos como a democracia, a liberdade de expressão, a proteção da segurança pública e o direito à iniciativa económica privada. O TJCE abalou inevitavelmente um equilíbrio delicado, levantando questões substantivas sobre como equilibrar a privacidade dos dados com direitos e liberdades conflituantes e questões institucionais sobre quem deve efetivamente realizar este equilíbrio, o que exigirá uma resposta que continua em construção.

O TJUE tem desempenhado um papel crucial na definição e na defesa dos direitos fundamentais no domínio da privacidade e da proteção de dados, em concreto na formação constitucional do conceito de essência dos direitos fundamentais, mas ainda não há jurisprudência uniforme nesta matéria. Será importante no futuro o TJUE continuar a desenvolver um quadro normativo mais claro sobre a noção de essência do direito fundamental à privacidade consagrado no artigo 7.º da CDFUE e do direito fundamental à proteção de dados pessoais consagrado no artigo 8.º da CDFUE, para alcançar um maior grau de coerência na sua jurisprudência.

⁵³ Idem, parágrafo 52.

⁵⁴ Processo C-184/20, OT v. Vyriausioji tarnybinės etikos komisija, 1 de agosto de 2022, parágrafos 60, 61, 66, 70, 81, 85, 112, 116, 126.

Além da uniformização da jurisprudência do TJUE é também essencial uma readaptação do próprio quadro normativo, que inclua uma preocupação de legislação ser tecnologicamente neutra, sem produto ou empresas como destinatários, mas preparada para a evolução tecnológica que surgir.

Resulta também que, com o caráter vinculativo que a CDFUE ganhou em 2009, o TJUE ganha uma dimensão constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que se aplica aos Estados-Membros, às instituições da UE, às empresas e aos cidadãos e que irá continuar a tentar encontrar o equilíbrio judicial entre os direitos à privacidade e à proteção de dados e os direitos ou interesses conflitantes ou alternativos.

Concluimos também que, apesar dos avanços significativos, existem desafios persistentes, como a aplicação uniforme das normas de proteção de dados entre os Estados-Membros, a resistência de algumas jurisdições em adotar as diretrizes do TJUE e as dificuldades em garantir os direitos dos indivíduos frente a grandes empresas tecnológicas. As perspetivas para o futuro incluem a necessidade de um aprimoramento contínuo da legislação, bem como a promoção de um diálogo entre as instituições europeias e as plataformas digitais para encontrar um balanço adequado entre inovação e proteção de dados. Por fim defendemos que apenas com uma abordagem integrada e colaborativa entre os diferentes atores envolvidos será possível enfrentar os desafios que emergem na era digital, protegendo assim os direitos fundamentais dos cidadãos da UE, bem como a necessidade de investir em educação e consciencialização sobre a importância da privacidade e da proteção de dados, tanto para os cidadãos quanto para as empresas e organizações.

Referências Bibliográficas

BRKAN, Maja. The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional

Reasoning. German Law Journal, 20, 2019, pp. 864–883. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.66>

BRKAN, Maja. The concept of essence of fundamental rights in the EU legal order: Peeling the onion to its core. European Constitutional Law Review, 14(2), 2018, pp. 332-368.

CASTELLANO, Pere Simón. El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la EU. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014. Madrid: Bosch, 2015.

CORTE, Lorenzo Dalla. On proportionality in the data protection jurisprudence of the CJEU. International Data Privacy Law, 2022, Vol. 12, N.º 4, pp. 259-275.

EDPS, Guidelines on the assessment of the proportionality of measures that limit the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data, 19 December 2019. Disponível em: https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/guidelines/edps-guidelines-assessing-proportionality-measures_en

FUSTER, Gloria González. The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU. Cham: Springer, 2014.

FRA - European Union Agency for Fundamental Rights. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Disponível em https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_pt.pdf

LENAERTS, Koen. Limits on limitations: the essence of fundamental rights in the EU. German Law Journal, 20(6), 2019, pp. 779-793

OJANEN, Tuomas. Making the essence of fundamental rights real: the Court of Justice of the European Union clarifies the structure of fundamental rights under the Charter: ECJ 6 October 2015, Case C-362/14, Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner'. European Constitutional Law Review, 12(2), 2016, pp. 318-329.

SILVEIRA, Alexandra. Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: recai ou não recai? - Eis a questão! Revista Julgar, n.º 22, 2014, pp. 179-209.

TRIDIMAS, Takis; GENTILE, Giulia. The Essence of Rights: An Unreliable Boundary?. *German Law Journal*, 20, 2019, pp. 794-816. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.63>

O ACESSO À JUSTIÇA PELA MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA NA ALDEIA DOS *SMURFS*¹

Access to justice through community mediation in Smurfs village

Fabiana Marion Spengler²

Universidade de Santa Cruz do Sul

Maini Dornelles³

Universidade de Santa Cruz do Sul

Theobaldo Spengler Neto⁴

Universidade de Santa Cruz do Sul

¹ O presente texto foi produzido a partir da pesquisa desenvolvida no projeto: “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.

² Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq. E-mail: fabiana@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9477-5445>

³ Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa Prosc-Capes, modalidade II. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq, liderado pela Professora Pós-Dr^a Fabiana Marion Spengler, com vice-liderança do Prof. Me. Theobaldo Spengler Neto. Advogada, inscrita sob o nº de OAB/RS 112.231 E-mail: maini_md@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2511-4595>

⁴ Professor adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul, atuando na área do Direito Processual Civil. Foi Chefe do Departamento de Direito e Coordenador do Curso de Direito da UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). Graduação em Direito - Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1984). Vice-líder do Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul e ao CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: processo civil, conflito, jurisdição, débito e mediação. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9952-6513>

Sumário: 1. Introdução; 2. Os Smurfs e sua aldeia: uma história em comum; 3. Acesso à justiça e a mediação comunitária na aldeia dos Smurfs; 4. Papai Smurf e o seu papel social de mediador na comunidade; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente texto tem como objetivo analisar o papel desempenhado pela mediação, enquanto instrumento de acesso à justiça e de resolução dos conflitos comunitários, a partir do desenho animado intitulado *Os Strunfs* ou *Os Estrumpfes* (*Les Schtroumpfs* no título original francês), no Brasil conhecidos como *Smurfs*. Desse modo, o principal questionamento que se pretende responder é: a mediação comunitária é um instrumento de acesso à justiça? A resposta hipoteticamente encontrada é positiva, ou seja, a mediação comunitária é um instrumento de acesso à justiça e de resolução de conflitos. Para responder o problema de pesquisa o método de abordagem empregado foi o dedutivo, uma vez que o texto parte da relação entre argumentos gerais (premissas), seguindo para argumentos particulares, objetivando chegar a uma conclusão. O método de procedimento foi o monográfico, partindo da leitura e fichamentos de fontes bibliográficas diretas ligadas a pesquisa. Os principais resultados encontrados confirmam a hipótese anteriormente mencionada, demonstrando, ainda, que o mediador comunitário é o agente principal de acesso à justiça pela via da mediação.

Palavras-chave: acesso à justiça; conflito; mediação comunitária; mediador.

ABSTRACT: This text aims to analyze the role played by mediation, as an instrument of access to justice and resolution of community conflicts, based on the cartoon entitled *Os Strunfs* or *Os Estrumpfes* (*Les Schtroumpfs* in the original French title), in Brazil known as *Smurfs*. Therefore, the main question we intend to answer is: is community mediation an instrument of access to justice? The hypothetically found answer is positive, that is, community mediation is an instrument for access to justice and conflict resolution. To answer the research problem, the approach method used was deductive, since the text starts from the relationship between general arguments (premises), moving on to particular arguments, aiming to reach a conclusion. The procedure method was monographic,

starting from the reading and records of direct bibliographic sources linked to the research. The main results found confirm the previously mentioned hypothesis, also demonstrating that the community mediator is the main agent of access to justice through mediation.

Keywords: Access to justice; conflict; community mediation; mediator.

1. INTRODUÇÃO

Misturar Direito e fantasia, conectar racionalidade e sonho e fazê-lo de modo leve, porém, sem descurar da responsabilidade de um debate maduro. Estar ciente de que a brincadeira, além de contar a realidade, pode proporcionar a análise de temas complexos e atuais sedimentando concepções, valores e conhecimento.

É essa, pois, a proposta do texto que agora se inicia: analisar o papel desempenhado pela mediação, enquanto instrumento de acesso à justiça e de resolução dos conflitos comunitários, a partir de um conhecido e divertidíssimo desenho animado intitulado *Os Strunfs* ou *Os Estrumpfes* (*Les Schtroumpfs* no título original francês), no Brasil conhecidos como *Smurfs*. Ao analisar a estrutura social e política dos *Smurfs* o texto estará centrado na figura do “Grande Estrumpfe” ou Papai *Smurf* que terá seu papel comparado aquele desenvolvido por um mediador comunitário.

Por outro lado, também é interessante delimitar a condução do texto ao deixar claro que não será voltada para o comunismo, pecha popularmente utilizada para definir o citado desenho animado e que foi cabalmente rechaçada por Thierry Culliford (Peyo), do Studio Peyo, o criador dos *Smurfs* (https://pt.wikipedia.org/wiki/Les_Schtroumpfs). As possíveis relações entre a aldeia dos *Smurfs* e as sociedades comunistas não serão objeto de análise no debate que agora se encaminha.

Desse modo, o principal questionamento que se pretende responder é: a mediação comunitária é um instrumento de acesso à justiça? A resposta

hipoteticamente encontrada é positiva, ou seja, a mediação comunitária é um instrumento de acesso à justiça e de resolução de conflitos.

Para responder o problema de pesquisa o método de abordagem empregado foi o dedutivo, uma vez que o texto parte da relação entre argumentos gerais (premissas), seguindo para argumentos particulares, objetivando chegar a uma conclusão. O método de procedimento foi o monográfico, partindo da leitura e fichamentos de fontes bibliográficas diretas ligadas a pesquisa.

Assim delimitado o texto primeiramente oferece um debate a respeito da identidade cultural e comunitária dos *smurfs* com sua aldeia. No segundo momento o texto trata do acesso à justiça e da mediação comunitária na aldeia dos *smurfs*. Por fim, a importância da mediação comunitária para lidar com os conflitos bem como as características que um mediador precisa possuir serão abordados. Nesse ponto as intersecções se dão com a figura do Papai *Smurf*, personagem principal no desenho e no texto que agora se apresenta.

2. OS *SMURF*SE SUA ALDEIA: UMA HISTÓRIA EM COMUM

Os *Smurfs* apareceram pela primeira vez em 1958, no curso da história de Johan et Pirlouit, intitulada "A Flauta de 6 Estrumpfes" (publicada no comic belga Spirou). Trata-se de uma pequena comunidade (aldeia) de criaturinhas azuis que vivem em casinhas cuja forma lembra um cogumelo. A comunidade se localiza dentro de uma grande floresta. O desenho animado dos *Smurfs*, produzido pela Hanna-Barbera Productions, se tornou conhecido em solo brasileiro ao ser transmitido pela Rede Globo de Televisão a partir da década de 1980. No ano de 2011 os *Smurfs* viraram filme e a saga dos pequenos e simpáticos homenzinhos azuis manteve o mesmo sucesso conquistado com os desenhos animados⁵

⁵ WIKIPEDIA. **Les Schtroumpfs**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Les_Schtroumpfs. Acesso em: 04 dez. 2024.

A aldeia possui poucas habitantes do sexo feminino. São elas: a loira Estrumpfina (*Smurfette*), a menina Sassete, a ex danadinha Vexy e a Vovó Smurf. Todas são azuis e, na maioria das vezes, apenas a Smurfette aparece. Existem, ainda, outros personagens desde o zangado até o brincalhão e cada um deles desempenha um papel no desenho aminado.

A aldeia tem seu ponto de convergência na figura do mais velho e sábio dos *smurfs*: aquele que lidera o grupo e que é conhecido como o "Grande Estrumpf" (ou Papai *Smurf*, como é chamado no Brasil). Ele usa um barrete vermelho na cabeça e nisso se diferencia dos demais *smurfs* que usam um barrete branco.

O Papai *Smurf* é figura respeitada pela experiência e pela sabedoria. Não é o habitante mais velho da aldeia pois com esse rótulo existe o Vovô *Smurf*, mas é sem sombra de dúvidas aquele reputado como mais sensato e ao qual todos recorrem quando existe um problema comunitário ou pessoal a ser resolvido. Além disso, o Papai *Smurf* é um bom alquimista que encontra curas e que faz poções para resolver os problemas nascidos na aldeia.

Cada *smurf* vive em sua casa, que tem formato de cogumelo e que, aparentemente, é igual a todas as outras. No entanto, o desenho animado demonstra diferenças internas em cada residência apontando para a identidade de seu habitante. Tais casas formam uma comunidade na qual os habitantes partilham problemas e conquistas, sempre aconselhados pelo papai *Smurf*. O inimigo número um é Gargamel e seu gato Cruel. Ambos desejam comer os *smurfs* ou então utilizá-los como ingredientes em suas poções mágicas.

A comunidade dos *smurfs* é local de proteção, lá se partilha a cultura, as tradições, a língua, o clima, a geografia, a comida e a amizade. Assim, trata-se de uma comunidade na acepção literal do termo. Como recorda Roberto Esposito⁶ a comunidade atualmente se reduziu a “objeto” de discurso filosófico-político conectando-se a uma linguagem conceitual que a perturba no momento mesmo em

⁶ ESPOSITO, Roberto. *Communitas. Origine e destino della comunità*. Torino: Einaudi, 2006.

que se tenta denominá-la: aquele do indivíduo *e* da totalidade, da identidade *e* da particularidade, da origem *e* do fim. Ou simplesmente do *sujeito* com todas as suas mais irrenunciáveis conotações metafísicas de unidade, certeza, interioridade⁷.

Nessa mesma linha de raciocínio, a filosofia política tende também a pensar a comunidade como uma “subjetividade mais vasta”. Tal se dá porque se parte do pressuposto que a comunidade é uma “propriedade dos sujeitos que se juntam” Esposito⁸.

Desse modo a comunidade se encontra ligada a semântica do próprio, do meu, daquilo que me pertence e ao qual eu também pertenço. Exatamente com essas características a aldeia dos *smurfs* existe e sua história é contada na forma de desenho animado.

A aldeia/comunidade seria, nessa concepção, aquilo ao qual os homenzinhos azuis estão ligados e aquilo que os liga aos demais. Da mesma forma, é também aquilo que os engole, tornando-os “apenas mais um”, que os faz indistintos nas suas identidades uma vez que os inclui no mesmo espaço no qual os demais também estão incluídos e isso muitas vezes pode significar perder a subjetividade, a individualidade e a autonomia⁹.

É nesse modo de pensar e nominar a comunidade que é possível perceber que ela comporta um paradoxo. Tal se dá porque pensar comunitariamente ou em comunidade significa pensar em algo comum no sentido de algo que une em uma única identidade¹⁰ a subjetividade de cada um dos seus membros.¹¹ Eles são

⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

⁸ ESPOSITO, Roberto. **Communitas**. *Origine e destino della comunità*. Torino: Einaudi, 2006.

⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijuí, 2012.

¹⁰ L'identità non si può spiegare ricorrendo unicamente ai caratteri “statistici” quali nome cognome residenza professione, perché esiste un decimo carattere che, pur ricomprendendoli tutti, li scompone fino a negarli nella loro veridicità e rispondenza alla realtà. L'identità, secondo Musil è un vuoto spazio invisibile che pone una lunga serie di problemi; il suo spazio, la sua invisibilità concreta, la sua oscillazione tra il dentro e il fuori, la sua indecisione tra contenente e contenuto (Resta, 1997, p. 57).

¹¹ Il dato più paradossale della questione è che il ‘comune’ è identificato esattamente con il suo più evidente contrario: è comune ciò che unisce in un'unica identità la proprietà – etnica, territoriale, spirituale – di

proprietários de sua comunidade. Porém, a etimologia do termo *communitas* e de seu correspondente adjetivo *communis* – é justamente daquilo que assume o sentido de oposição a “próprio”¹².

Assim, projetando a presente discussão para o substantivo coletivo de *communitas* é possível indagar: o que os membros da aldeia/comunidade possuem em comum? É verdadeiramente algo de positivo? Um bem? Uma substância? Um interesse? Os dicionários fornecem uma resposta um tanto quanto precisa: o significado de *communis* deve ser “aquele que divide um encargo”. Assim, *communitas* é a junção de pessoas unidas não por uma “propriedade”, mas por um dever ou por um débito.

Justamente por isso, o *munus* que a comunidade partilha não é uma propriedade ou a sensação de pertencimento, não é um haver. Ao contrário, é um débito, um empenho, uma doação. Os sujeitos de uma comunidade estão unidos por um dever, que não os faz completamente senhores de si¹³. Pelo contrário, lhes expropria, em parte ou no todo, a sua propriedade inicial, primeira e mais importante: a sua subjetividade Esposito¹⁴.

Assim, a vida “em comum” significa substituir a subjetividade pela coletividade; significa aceitar o *múnus*, traduzido como dever de partilhar um débito, o dever de sacrificar algo em prol do bem comum. Sacrificar a individualidade em prol da comunidade e a liberdade em prol da segurança que só essa última poderá oferecer.

Esse dever é cumprido na aldeia dos *smurfs*. Conduzidos pelo Papai *Smurfs* pequeninos azuis fazem tudo em conjunto produzindo seus bens e os partilhando em comunidade. Os problemas também são comuns e comum a todos são as escolhas

ciascuno dei suoi membri. Essi hanno in comune il loro proprio, sono proprietari del loro comune. (Esposito, 2006, p. IX).

¹² ESPOSITO, Roberto. **Communitas. Origine e destino della comunità**. Torino: Einaudi, 2006.

¹³ RESTA, Eligio. **Le stelle e le masserizie**. Paradigmi dell'osservatore. Roma-Bari: Laterza, 1997.

¹⁴ ESPOSITO, Roberto. **Communitas. Origine e destino della comunità**. Torino: Einaudi, 2006.

feitas e o modo de resolvê-los. Talvez pois isso, conforme o anunciado na introdução do texto, a aldeia dos *smurfs* tenha sido confundida com uma sociedade marxista¹⁵.

Assim unidos, vivendo em prol de sua comunidade, os smurfs diluem sua identidade no comum e fazem reverência ao líder, Papai *Smurf*, a quem todos recorrem quando precisam resolver seus problemas. Papai *Smurf* é um mediador de conflitos nato, e a mediação de conflitos um modo de acessar à justiça, o que será objeto de debate no item a seguir .

3. ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA NA ALDEIA DOS *SMURFS*

Para compor a definição de acesso à Justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁶ delineiam duas hipóteses: a) o método por intermédio do qual as pessoas obtêm resultados individuais e socialmente justos; b) o método pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos ou tratar seus conflitos no esteio estatal. Conforme os autores, este tema está amplamente ligado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o Sistema Jurídico em igualdade de condições. Tal prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de Direito Humano básico.

Porém, é comum confundir acesso à justiça com acesso ao Judiciário¹⁷. Encontram-se, com certa frequência, estudos que se referem a ambos como sinônimos, ignorando que o acesso ao Judiciário está contido no acesso à Justiça, que é mais amplo e assegura maior hipótese de tutela aos direitos do cidadão.

¹⁵ Nesse sentido, sugere-se a leitura do texto “Os smurfs pregavam o comunismo?”. BIANCHIN, Victor. Os Smurfs pregavam o comunismo? **Super Interessante**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/os-smurfs-pregavam-o-comunismo>>. Acesso em 04 dez. 2024.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

¹⁷ SPENGLER, F. M. **Pequeno dicionário de acesso à justiça**. Tomo 1. A–L., ed.1. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024a.

A concepção que equipara o acesso à Justiça com o “acesso aos tribunais” faz parte de “um conceito estrito”. Por outro lado, considera-se um conceito mais amplo aquele que “trata do acesso à justiça como o acesso aos meios de desenvolvimento social, político e econômico de um Estado, ou seja, uma justiça social, distributiva¹⁸”.

O “conceito estrito” de acesso à Justiça está intimamente ligado aos diversos escopos da jurisdição e engloba os problemas essenciais da efetividade do processo. Assim, as tradicionais limitações ao ingresso na justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais), refletem em decepções para a potencial clientela do Poder Judiciário¹⁹.

As limitações jurídicas também configuram estreitamentos das vias de acesso à justiça. Refere-se, aqui, a compreensão essencialmente individualista, que se restringe a dar a cada um o que é seu, sem manter uma visão solidarista, supraindividual, que se caracteriza por tratar o indivíduo como membro integrante de uma comunidade e procurar tecer soluções condizentes com os interesses envolvidos, tal com o acontece na aldeia dos *Smurfs*.

Assim, a expressão acesso à justiça, em seu “conceito amplo”, pode significar: a) acesso ao Judiciário; e b) acessibilidade a uma determinada ordem de valores e de direitos fundamentais para o ser humano. Consequentemente – e conforme já dito –, o acesso à justiça é mais amplo e complexo, externando mais do que o ingresso mediante ajuizamento da ação (processo) junto ao Judiciário, pois vai além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. Então, acessar à Justiça significa ir além do acesso garantido pela legislação, alcançando, tutelando e garantido os direitos e as garantias sociais fundamentais, assegurando, ao final, o acesso a uma “ordem jurídica justa” a todos os cidadãos²⁰.

¹⁸ MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no Brasil: para quem? **Direito em Debate**. v. 14, n. 23. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/702>. P. 56. Acesso em 05 nov. 2024.

¹⁹ SPENGLER, F. M. **Pequeno dicionário de acesso à justiça**. Tomo 1. A–L., ed.1. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024a.

²⁰ *Ibidem*.

Daí a afirmativa de que “o acesso à justiça está relacionado com a forma de produção social de direitos”. Assim, observa-se que o acesso à Justiça, na perspectiva da orientação sobre os direitos e acesso a ele, ainda pode ser considerado um “problema que atinge a grande parcela subalternizada da população, e se expressa também na incompatibilidade epistêmica entre a luta social por direitos e a concepção de direito engessada no âmbito da cultura judicial institucionalizada²¹”.

Uma das formas de acesso à justiça é a mediação, que é meio autocompositivo de resolver conflitos, contando com a figura do mediador, que não tem poder decisório, mas auxilia os conflitantes a dialogar a respeito do problema comum objetivando chegar a um consenso.

Se a prática da mediação de conflitos ocorre na esfera comunitária, a consequência é a integração das estratégias de reorganização/fortalecimento da comunidade especialmente porque ela possibilita o acesso à informação, a inclusão, a participação e a responsabilização do cidadão por suas escolhas e o compromisso com o local (comunidade).

Na aldeia dos *smurfs* não é diferente. Além de partilhar decisões e escolhas, seus habitantes partilham o modo de lidar com os conflitos. Papai *Smurf* é um mediador nato, um mediador comunitário, que, usando de seu bom senso auxilia os conflitantes a lidar com seus conflitos pelo diálogo buscando alternativas comuns e benéficas para todos.

É nesse sentido que a escolha pela mediação comunitária aponta para toda a potencialidade emancipatória que a vida em comunidade proporciona. O contexto comunitário é, por si só, um ambiente de grande valor devido à sua capacidade de promover e aplicar métodos pacíficos para resolver conflitos e lidar com as diferenças. A mediação, como ferramenta adequada para esse fim, oferece aos

²¹ CORREIA, L. C.; ESCRIVÃO FILHO, A.; SOUSA JUNIOR, J. G. de. A Expansão Semântica do Acesso à Justiça e o Direito Achado na Assessoria Jurídica Popular. In.: REBOUÇAS, Gabriela Maia; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. (Org.) **Experiências compartilhadas de acesso à justiça: reflexões teóricas e práticas** [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016, p. 87.

envolvidos – aqueles que fazem parte da comunidade – a chance de realizar uma ação coletiva, na qual são eles mesmos que facilitam a resolução dos desafios que surgem em suas pequenas comunidades. Assim, o desenvolvimento desses processos, juntamente com a transmissão de ferramentas e técnicas específicas de mediação para os membros das comunidades, representa uma contribuição significativa e um avanço concreto na evolução social, colaborando de forma efetiva para alcançar o ideal de uma vida comunitária mais harmoniosa²².

O Brasil possui Núcleos de Mediação comunitária com resultados expressivos e duradouros. Um desses núcleos é o Programa Núcleos de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará (PRONUMEC). Conforme o relatório apresentado, em 2023 o PRONUMEC contava com 13 (treze) Núcleos de Mediação Comunitária do MPCE, sendo 12 (doze) fixos localizados em Fortaleza (Núcleo da Parangaba, do Pirambu, do Bom Jardim, do Antônio Bezerra, do José Walter e Central), Caucaia (Núcleo da Jurema e da FATENE), Pacatuba, Maracanaú, Sobral e Forquilha, além de 01 (um) Núcleo de Mediação Itinerante, o qual, por intermédio de um ônibus adaptado, leva a mediação às comunidades não contempladas com um núcleo fixo²³.

Em 2023, os núcleos de mediação acima mencionados “realizaram 16.751 (dezesseis mil setecentos e cinquenta e um) atendimentos à população, incluindo sessões de mediação, orientações e um direcionamento assertivo ao órgão competente nos casos não mediados”²⁴.

Dos 16.751 atendimentos à população: “5.362 (cinco mil, trezentos e sessenta e dois) foram aberturas de procedimentos de mediação; 2.940 (dois mil, novecentos e quarenta) pré-mediações; 3.021 (três mil e vinte um) sessões de

²² NATÓ, Alejandro Marcelo, QUEREJAZU, María Gabriela Rodríguez, CARBAJAL, Liliana Maria. *Mediación Comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.

²³ Ministério Público do Estado do Ceará. Relatório anual: Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária – PRONUMEC. Disponível em: < <https://mpce.mp.br/wp-content/uploads/2024/06/Relatorio-Estatistico-PRONUMEC-2023.pdf>>. p. 3. Acesso em 04 dez. 2024.

²⁴ Ibidem.

mediação; 5.129 (cinco mil, cento e vinte e nove) encaminhamentos/orientações e 299 (duzentos e noventa e nove) ações diferenciadas”²⁵.

Ao analisar os dados anteriormente mencionados torna-se possível pode afirmar que a mediação comunitária possui um primeiro papel de suma importância que é justamente “devolver confiança às cidades e aos subúrbios, estudando-se a fundo sua realidade e potencialidades” para cumprir tal intento propõe a criação de uma democracia urbana, resultado da busca por novas maneiras dos “cidadãos tornarem-se cidadãos de fato, de responsabilizarem-se por sua cidade, por seu subúrbio, de criarem novos projetos para si”²⁶.

Tal objetivo poderá ser atendido com mais facilidade na mediação comunitária uma vez que ela se realiza dentro da própria comunidade, e tem como mediador um morador do bairro (no caso, o Papai *Smurf*) que conhece e compartilha a realidade vivida pelos conflitantes (habitantes da aldeia). Nesse sentido, sua legitimidade se dá em função de suas características pessoais e da confiança que inspira nas partes.

Uma das formas de mediação é a comunitária, que conta com a presença de um terceiro denominado mediador comunitário e que auxilia a dialogar, tal como faz o Papai *Smurf*. Sobre o assunto se desenvolve o tópico a seguir.

4. PAPAI *SMURFE* O SEU PAPEL SOCIAL DE MEDIADOR NA COMUNIDADE

²⁵ Ibidem.

²⁶ SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

A mediação comunitária é conduzida por mediadores que são membros da comunidade. “É mediação para, na e, sobretudo, pela comunidade²⁷”.

O potencial dialógico neste processo está assegurado na horizontalidade com que o mediador comunitário conduz o processo e também na participação da comunidade como corresponsável na celebração de compromissos mútuos que garantam um futuro de pacificação social, dentro da diversidade. Não há um processo judicial em curso para delimitar os parâmetros nos quais o diálogo vai se estabelecer. Nesse sentido, o referencial está na ética da alteridade e não na autoridade da lei.

Diferentemente do magistrado que possui a legitimação estatal/burocrática para tratar conflitos, o mediador comunitário possui uma legitimidade baseada na sua conduta e nos seus valores pessoais cuja principal consequência é inspirar nos conflitantes a certeza de que seus problemas são tratados por um igual²⁸. Assim, os conflitos endereçados a mediação comunitária contam com a presença de um terceiro que conhece a realidade, os valores e os hábitos dos conflitantes. Fala a mesma linguagem que eles e possui uma legitimidade que não é atribuída pelo Estado e sim pelas próprias pessoas, em função de suas características, da sua conduta, do seu código de ética e de moral.

Esse é o papel do mediador comunitário desempenhado pelo Papai *Smurf* que, conhecendo a aldeia e seus habitantes com profundidade, age como um catalizador dos conflitos auxiliando no restabelecimento da comunicação rompida e na melhor maneira de lidar com o conflito. Ao contrário, na jurisdição tradicional, unidos pelo conflito, os litigantes esperam por um terceiro que o “solucione”. Espera-se pelo Judiciário para que diga quem tem mais direitos, mais razão ou quem é o vencedor da contenda. Trata-se de uma transferência de prerrogativas que, ao criar

²⁷ FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para a emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. Justiça restaurativa e mediação no tratamento adequado dos conflitos. Ijuí: Unijui, 2011, p. 150.

²⁸ SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, Theobaldo. Na Comunidade e no Judiciário: diferenças e similitudes entre a Mediação Comunitária e a Mediação Institucional no Brasil. **Revista Jurídica** (FURB, online). v.26, p.1 - 23, 2022.

“muros normativos”, engessa a solução da lide em prol da segurança jurídica, ignorando que a reinvenção cotidiana e a abertura de novos caminhos são inerentes a um tratamento democrático²⁹.

Essa transferência de responsabilidades quanto à gestão do conflito se direciona ao juiz que o traduz na linguagem dele. Desse modo, partindo do processo de racionalização weberiana, o Estado, ao deter a forma de poder legal, detém, também, o monopólio legítimo da decisão vinculante. Assim, as atenções continuam centradas na figura do juiz, do qual se espera a última palavra, “não importa qual, mas a última”. O lugar do juiz entre os conflitantes é uma questão complicada, uma vez que ele não se deixa encerrar na fácil fórmula da lei que assegura “distância de segurança” das razões de um e do outro. Ele vive no conflito e do conflito que ele decide, pronunciando a última palavra³⁰.

Por outro lado, o Papai *Smurf*, na condição de mediador comunitário (assim como todos os mediadores) não impõe decisão, apenas possibilita o diálogo entre os habitantes da aldeia. Nesta perspectiva, a justiça comunitária constitui um movimento contra-hegemônico a desafiar a imposição de um modelo de realização da justiça monolítico e pretensamente universal³¹.

Para fins de direcionar o debate é importante referir que existem dois tipos de mediação: um que busca a sua institucionalização e outro que vê a mediação como possibilidade autônoma. Desse modo, há mediação institucional, que cumpre um trabalho específico a serviço, ao mesmo tempo, de sua instituição e dos clientes desta. Observa-se que a própria justiça quis instituir mediadores que atenuassem o congestionamento dos tribunais, tentando que tal ou qual litígio não chegasse justamente a esses tribunais, sendo prévia e amigavelmente regulado, sob o controle

²⁹ SPENGLER, F. M. **Pequeno dicionário de acesso à justiça**. Tomo 2. M–V, ed.1. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024b.

³⁰ RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

³¹ FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para a emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. *Justiça restaurativa e mediação no tratamento adequado dos conflitos*. Ijuí: Unijui, 2011.

de um mediador. Ao lado dos mediadores institucionais, há os mediadores cidadãos. Sua origem é totalmente diferente. Eles não são fabricados pelas instituições, são mediadores “naturais”, que nascem nos grupos sociais; são como que secretados por eles para as necessidades da comunicação. Eles não têm poder como tal, não são juízes que vão sentenciar, nem árbitros aos quais se delega a conclusão de uma contenda; eles não têm mais do que a autoridade moral. Se alguém se dirige a eles é porque considera que são, não gurus que decidem, mas, ao contrário, sábios que sugerem. Eles abrem uma via nova em relação ao impasse em que alguém se perdeu, a um dilema do qual se quer sair, envolvendo a si mesmo ou aos outros³². O *Papai Smurf* é um mediador cidadão.

Além de possuírem origens diferentes, os mediadores institucionais e cidadãos também possuem condutas/maneiras de agir diferentes. Primeiramente, os mediadores institucionais são essencialmente especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder. Já os mediadores cidadãos são os cidadãos entre os cidadãos³³. E se aos primeiros, porque aparecem como que exprimindo um poder, pede-se trazerem respostas a problemas, outra será a posição relativa aos mediadores cidadãos. Dirige-se a estes de igual para igual, pede-se que sejam verdadeiramente alguém que não será o árbitro que sentença, alguém que não fará recair o peso de seu poder, alguém que não levará antes uma ajuda e assistência material e técnica. O que se pedirá aos mediadores cidadãos? Deve ser, por sua presença, sua acolhida, sua escuta, alguém que permitirá avançar na administração do problema que existe com o outro, na família, na empresa, no bairro, na comunidade, na aldeia... Assim, os mediadores cidadãos destinam-se a encontrar pessoas, primeiramente. Eles não resolvem conflitos: encontram pessoas que estão dentro de uma situação de conflito. Os mediadores cidadãos não vêm trazer uma solução externa, mas estimulam a liberdade, a coragem, a vontade própria. Ser

³² SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

³³ SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, Theobaldo. Na Comunidade e no Judiciário: diferenças e similitudes entre a Mediação Comunitária e a Mediação Institucional no Brasil. **Revista Jurídica** (FURB. online). v.26, p.1 - 23, 2022.

mediador cidadão é uma arte que, como todas as artes, não termina jamais de refinar-se³⁴.

Nestes termos, os mediadores cidadãos são aqueles que “são sobretudo gente da rua, gente do ramo, aqueles que pensam seu lugar dentro de uma visão de conjunto, que recusam todos os corporativismos e querem organizar juntos, com todos, uma vida em comum³⁵”.

Por conseguinte, a mediação feita pelo Papai *Smurf* na aldeia trabalha com a lógica dos “mediadores cidadãos”. Tal se dá porque ele, na condição de terceiro mediador é membro da própria comunidade, escolhido e capacitado para o exercício da mediação. É um indivíduo que, com o intuito de beneficiar a todos, dedica seu tempo e responsabilidade à mediação de conflitos em busca de um vínculo comunitário efetivo entre os membros daquela comunidade. Trata-se de um voluntário, que trabalha por acreditar no seu papel social de mediador, que participa efetivamente da vida comunitária, e se encarrega de transmitir aos pares todo o conhecimento que lhe foi oferecido.

CONCLUSÃO

No contexto do desenho animado *Smurfs*, a mediação comunitária pode ser vista como um instrumento de acesso à justiça, ainda que de maneira simbólica e simplificada. A série apresenta uma sociedade onde os *Smurfs*, pequenas criaturas azuis que vivem em uma vila, frequentemente resolvem seus conflitos pelo diálogo e pela colaboração. Esse tipo de mediação é central para manter a harmonia na comunidade, e muitos episódios mostram como o entendimento mútuo e a resolução pacífica de disputas são fundamentais para o bem-estar coletivo.

³⁴ SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águia Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

³⁵ Ibidem, p. 136.

Em uma perspectiva mais ampla, a mediação comunitária no mundo real é uma prática de resolução de conflitos que se baseia na colaboração entre as pessoas envolvidas, com o auxílio de um mediador imparcial. Ela é um meio eficiente para o acesso à justiça, principalmente em contextos onde o sistema judiciário formal é lento ou inacessível. Assim como no mundo dos *Smurfs*, onde a intervenção de um líder sábio ou de um mediador é muitas vezes a chave para a solução dos problemas, a mediação comunitária no mundo real busca resolver disputas sem a necessidade de litígios processuais prolongados.

A ideia de um espaço comunitário onde as pessoas resolvem suas diferenças por meio da comunicação reflete uma abordagem mais acessível e amigável para o acesso à justiça. Além disso, ela promove a inclusão, a redução de tensões e o fortalecimento da convivência social. Portanto, é possível afirmar que a mediação comunitária, como aquela vista no universo dos *Smurfs*, é, sim, um instrumento valioso para o acesso à justiça, proporcionando uma alternativa eficiente e eficaz para a resolução de conflitos de maneira justa e pacífica.

REFERÊNCIAS

BIANCHIN, Victor. Os Smurfs pregavam o comunismo? **Super Interessante**. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/os-smurfs-pregavam-o-comunismo>>. Acesso em 04 dez. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CORREIA, L. C.; ESCRIVÃO FILHO, A.; SOUSA JUNIOR, J. G. de. A Expansão Semântica do Acesso à Justiça e o Direito Achado na Assessoria Jurídica Popular. *In.*: REBOUÇAS, Gabriela Maia; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. (Org.) **Experiências compartilhadas de acesso à justiça: reflexões teóricas e práticas** [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.

ESPOSITO, Roberto. **Communitas**: Origine e destino della comunità.Torino: Einaudi, 2006.

FOLEY, Gláucia Falsarella. A justiça comunitária para a emancipação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. Justiça restaurativa e mediação no tratamento adequado dos conflitos. Ijuí: Unijui, 2011.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Justiça Comunitária**: por uma justiça de emancipação. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MADERS, Angelita Maria. Acesso à justiça no Brasil: para quem? **Direito em Debate**. v. 14, n. 23. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/702>>. Acesso em 05 nov. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARA. **Relatório anual**: Programa dos Núcleos de Mediação Comunitária – PRONUMEC. Disponível em: <<https://mpce.mp.br/wp-content/uploads/2024/06/Relatorio-Estatistico-PRONUMEC-2023.pdf>>. Acesso em 04 dez. 2024.

NATÓ, Alejandro Marcelo, QUEREJAZU, Maria Gabriela Rodríguez, CARBAJAL, Liliana Maria. Mediación Comunitária. **Conflictos en el escenario social urbano**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.

RESTA, Eligio. **Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore**. Roma-Bari: Laterza, 1997.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Unijui, 2012.

SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, Theobaldo. Na Comunidade e no Judiciário: diferenças e similitudes entre a Mediação Comunitária e a Mediação Institucional no Brasil. **Revista Jurídica (FURB)** (online). v.26, p.1 - 23, 2022.

SPENGLER, F. M. **Pequeno dicionário de acesso à justiça**. Tomo 1. A–L., ed.1. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024, v.1., p.225.

SPENGLER, F. M. **Pequeno dicionário de acesso à justiça**. Tomo 2. M–V, ed.1. São Carlos: Pedro & João Editores, 2024, v.2., p.276.

WIKIPEDIA. **Les Schtroumpfs.** Disponível em:
https://pt.wikipedia.org/wiki/Les_Schtroumpfs. Acesso em: 04 dez. 2024.

DA JURISDIÇÃO A MEDIAÇÃO: O PAPEL DA LINGUAGEM NA DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA¹

From jurisdiction to mediation: the role of language in democratizing access to justice

Fabiana Marion Spengler²

Universidade de Santa Cruz do Sul

Maini Dornelles³

Universidade de Santa Cruz do Sul

Theobaldo Spengler Neto⁴

Universidade de Santa Cruz do Sul

¹ O presente texto foi produzido a partir da pesquisa desenvolvida no projeto: “Ontem, hoje e amanhã: cartografia das políticas públicas brasileiras auto e heterocompositivas de acesso à justiça” financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 07/2021 - PqG – Pesquisador Gaúcho, processo nº 21/2551-0002322-8 e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPq, Edital Processo: 407119/2021-3, Chamada CNPq/MCTI/FNDCT Nº 18/2021 - Faixa B - Grupos Consolidados.

² Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos” certificado pelo CNPq. E-mail: fabiana@unisc.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9477-5445>

³ Doutoranda e Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa/taxa Prosuc-Capes, modalidade II. Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de Pesquisa Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq, liderado pela Professora Pós-Dr^a Fabiana Marion Spengler, com vice-liderança do Prof. Me. Theobaldo Spengler Neto. Advogada, inscrita sob o nº de OAB/RS 112.231 E-mail: maini_md@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2511-4595>

⁴ Professor adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul, atuando na área do Direito Processual Civil. Foi Chefe do Departamento de Direito e Coordenador do Curso de Direito da UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). Graduação em Direito - Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul (1984). Vice-líder do Grupo de Pesquisas Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul e ao CNPq. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: processo civil, conflito, jurisdição, débito e mediação. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9952-6513>

Sumário: 1. Introdução; 2. Linguagem da jurisdição: rito e formalidades; 3. Linguagem da mediação: procedimentos e técnicas; 4. Democratização do acesso à justiça pela autocomposição: a linguagem como meio de inclusão; 5. Conclusão.

Resumo: A comunicação transforma relações, por vezes uma palavra dita ou compreendida de maneira equivocada pode ser o estopim para gerar um conflito, da mesma forma pode ser sinônimo de paz. No Poder Judiciário, os processos seguem formalidades que organizam o rito e o tempo processual, causando dificuldade de compressão para os cidadãos. Na mediação identifica-se o uso de linguagem simples, sem o verniz erudito da linguagem jurídica compreendido apenas por operadores do direito, o chamado popularmente de “juridiquês”. Posto isso, questiona-se: A mediação pode ser considerada um meio democrático de acesso à justiça dado a linguagem utilizada na realização do procedimento? Para responder a problemática será utilizado como método o dedutivo, partindo de uma análise geral onde serão estudadas as formalidades, ritos e linguagem processual, bem como quanto ao procedimento de mediação, para ao final poder apresentar a importância da linguagem simples que acolhe o cidadão, como acontece no procedimento de mediação; como técnica de pesquisa será utilizada a bibliográfica, que permite concluir que são diversas as distinções entre a linguagem da ação processual e do procedimento de mediação, sendo que a linguagem simples faz com que o tutelado compreenda melhor seus direitos e tenha sensação de pertencimento e acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça; jurisdição; linguagem; mediação.

ABSTRACT: Communication transforms relationships, sometimes a word said or understood in the wrong way can be the trigger to generate a conflict, in the same way it can be synonymous with peace. In the Judiciary, processes follow formalities that organize the rite and procedural time, causing difficulties in compression for citizens. In mediation, the use of simple language is identified, without the erudite veneer of legal language understood only by legal practitioners, popularly called

“legalese”. That said, the question arises: Can mediation be considered a democratic means of access to justice given the language used in carrying out the procedure? To answer the problem, the deductive method will be used, starting from a general analysis where the formalities, rites and procedural language will be studied, as well as the mediation procedure, in order to finally be able to present the importance of simple language that welcomes the citizen, as happens in the mediation procedure; as a research technique, bibliographical research will be used, which allows us to conclude that there are several distinctions between the language of procedural action and the mediation procedure, with simple language making the ward better understand their rights and have a sense of belonging and access the Justice.

Keywords: Access to justice; jurisdiction; language; mediation.

1. Introdução

A linguagem utilizada no Poder Judiciário é eivada de formalismo para acompanhar o rito que está envolto de um processo judicial. Os símbolos como o rito, o tempo, a linguagem e as vestimentas serviram muito tempo para fortalecer a Jurisdição enquanto neutra, garantindo assim todo o poder que detém.

Em contraponto, quando fala-se em autocomposição, neste artigo dando foco para o procedimento de mediação, utiliza-se linguagem simples, informal e acolhedora, fazendo com que as partes se sintam incluídas na tomada de decisões sobre sua própria vida, democratizando o acesso à justiça.

No presente artigo pretende-se responder o seguinte problema de pesquisa: A mediação pode ser considerada um meio democrático de acesso à justiça dado a linguagem utilizada na realização do procedimento? Para responder a problemática será utilizado como método o dedutivo, sendo que no primeiro tópico será feita uma abordagem acerca das formalidades inerentes ao rito no Poder Judiciário.

No segundo ponto, será estudada a mediação, apresentando o procedimento e algumas técnicas utilizadas durante a sessão de mediação. Já no último tópico será

feita uma análise acerca da importância da linguagem simples que acolhe o cidadão, como acontece no procedimento de mediação.

Como técnica de pesquisa será utilizada a bibliográfica, sendo utilizados livros e artigos científicos acerca da temática. Ao final conclui-se que a linguagem precisa ser democrática, permitindo com que todos os envolvidos sintam-se incluídos, respeitados e principalmente que entendam do que se está se falando.

Nesse sentido defende-se que a utilização da linguagem simples, como evidencia-se no procedimento de mediação, faz com que o tutelado compreenda melhor seus direitos e tenha sensação de pertencimento e acesso à justiça.

2. Linguagem da jurisdição: rito e formalidades

O papel da jurisdição é assumir a função de terceiro em uma demanda conflitiva, aplicando o direito no caso em concreto, revestindo-se de imparcialidade e neutralidade. O Estado assumiu este encargo de ditar o direito de forma impositiva com a intensão de assegurar o bom convívio social, neutralizando conflitos por meio da positivação do direito.

A jurisdição surge “como poder jurisdicional que, sendo função do Estado, cabe-lhe com exclusividade, a tarefa de dirimir conflitos de interesses e passa a ser exercida por órgãos estatais separados da legislatura e da administração”⁵

Acessar a jurisdição deveria ser igual para todos os cidadãos, ocorre que na prática, isso não acontece. Ao buscar por justiça junto ao Poder Judiciário os cidadãos encontram vários percalços burocráticos e formais, o rito, a linguagem, as vestes, tudo é estranho a quem não atua em meio a este âmbito jurídico.

O Poder Judiciário historicamente está vinculado a relações elitistas e aristocráticas, é apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o

⁵ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 58.

cidadão passa a ser o destinatário das ações do Estado. Todavia, “uma Constituição, quando entra em vigor, não abole de um só golpe todo o conjunto dos costumes políticos, forjados durante séculos, nem modifica a mentalidade social dominante”⁶

Nesse sentido, destaca-se que “um dos efeitos do poder simbólico associado à instituição do Estado é justamente a naturalização, sob forma de doxa, de pressupostos mais ou menos arbitrários que estiveram na própria origem do Estado”⁷.

Segundo Stangherlin⁸, o Estado Democrático de Direito fez com que prerrogativas que orbitavam o cenário estatal fossem dissipadas, ressignificando o sentido do que é justo. A partir de então a justiça forneceu uma nova forma: imparcialidade, transparência, neutralidade, contraditório, argumentação, etc⁹.

O juiz enquanto cidadão pode ser bom ou mau, mas quando toma seu posto e representa a justiça precisa estar acima de tais contingências, pois representa a justiça e sua vocação o transcende, tornando-o a maior autoridade que um homem pode exercer sobre seus semelhantes. “A justiça não é boa, nem má, ela é o princípio que separa o bem e o mau”¹⁰.

Em termos de reconstrução histórica, o formalismo se delineia como uma nova forma de poder: “o domínio por meio de normas jurídicas abstratas nos confrontos de massas dos dominados”¹¹.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275.

⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 166.

⁸ STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021.

⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho.: Revan, 1999.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 148.

Ressalta-se que os símbolos que foram firmados por um Judiciário arbitrário de outrora permanecem, e trazem consigo toda a sua significância¹². Sublinha-se que parte dessa simbologia não deriva apenas do universo de simbolismos derivados do Estado, mas que muitos têm origem remota no Direito.

Não se pretende aqui abordar todos os símbolos envoltos da Jurisdição; serão demonstrados algumas simbologias que afastam o cidadãos da sensação de pertencimento, de compreensão e de justiça.

Utiliza-se a palavra rito para referir-se ao processo judicial, e a utilização do termo se dá porque é uma prática social que serve para estabelecer o sentido de complexidade das coisas. “O rito é a resposta para a incerteza, o condimento da angústia do não previsível, é o controle, é tanta coisa, mas sobretudo a prática social¹³”. Ou seja, o rito permite que se tenha previsibilidade acerca do desenrolar processual, evitado de formalidades e incertezas.

Segundo Garapon¹⁴, realizar um rito é fazer qualquer coisa com força”, nesse sentido o autor defende que sem força não há poder. Nesse interim, a força capta e conversa, enquanto o símbolo associa, tornando necessária a construção de uma cadeia de associações que o torna significativo.

O processo por sua vez é um “repertório de gestos, palavras, fórmulas e discursos, de tempos e locais consagrados, destinados a dar expressão ao conflito sem pôr em perigo a ordem e a sobrevivência de um grupo¹⁵”.

O tempo é marcado como um dos simbolismos da Jurisdição, pois “O tempo do processo não é um tempo ordinário [...] o tempo do processo interrompe

¹² STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021

¹³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 94.

¹⁴ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho.: Revan, 1999, p. 26.

¹⁵ Ibidem, p. 25.

o escoamento linear do tempo cotidiano¹⁶”. Já o termo “destempo” é usado para referir-se aos direitos que não são tutelados de forma adequada “a tempo”, e se corroem diante da demora processual¹⁷.

O processo possui um rito que precisa ser seguido; o termo deriva de experiências religiosas e indica um conjunto de práticas que preveem uma variedade de “[...] símbolos, expectativas, experiências que geram angústias e incertezas¹⁸”.

O processo deve seguir um ritual ordenado, de modo que cada um terá seu lugar de fala e cada coisa será feita no tempo determinado. O tempo do processo é um tempo impossível de se reproduzir¹⁹”, este tempo é bem mais longo para as partes do que para os operadores jurídicos envolvidos na contenda; os envolvidos esperam de forma ansiosa que o tempo “passe²⁰”. Tal como qualquer ritual, o processo inverte o curso do tempo. Luta assim contra a finitude devido à sua capacidade para produzir um tempo original, isto é, um tempo que ainda não foi esbatido pelos anos, um tempo indeterminado. O tempo original é o tempo da criação²¹.

Um dos símbolos bastante conhecido, mas hoje em dia utilizado apenas em solenidades especiais é a toga. A vestimenta institucional dos operadores do direito, quando utilizada por juízes os torna puros e protegidos, mas também assinala superioridade, uma substituição do ser, por dever ser. “Ao enfiarem a toga, o juiz, o advogado e o procurador assumem o seu papel, o qual não lhes permite – endossar-subjetivamente a responsabilidade pelos seus atos²²”.

Outro ponto marcante é a linguagem utilizada, no Judiciário a linguagem simples e política vai dando local para uma linguagem tecnocrática, uma espécie de

¹⁶ Ibidem, p. 53.

¹⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

¹⁸ RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 4.

¹⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho.: Revan, 1999, p. 58.

²⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

²¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho.: Revan, 1999, p. 63.

²² Ibidem, p. 86.

vernáculo jurídico. “A linguagem é um instrumento pouco cômodo para aqueles que não estão habituados a usá-la²³.

Sobre a linguagem deve-se ressaltar que até o silêncio tem um papel junto ao rito. Ao público impõe-se o silêncio. Ao acusado o silêncio é temeroso, e pode dizer mais do que palavras quando posto ao fim de uma fala embaraçosa²⁴.

A voz do juiz presidente deve ser neutra e conduzir os trabalhos sem se acentuar. A voz do Ministério Público deve ser forte e vindicativa, posto seu objeto de condenar o acusado, já a voz do advogado, essa se sobressai pela sua segurança, ela poderá ser violenta ou comovente, tendo como objetivo convencer e suscitar emoções²⁵. O advogado empresta sua voz aqueles que não podem se defender.

A linguagem apresenta-se enquanto um código simbólico que é aprimorado socialmente, possibilitando assim a comunicação. O vocabulário utilizado no Poder Judiciário tem compressão reservada aqueles que se dedicaram a estudar o direito, ou seja, aqueles que vestem a toga compreendem o que se está dizendo os demais, em regra, não.

Comumente no direito utilizam-se expressões de difícil compreensão, palavras em latim (uma herança do direito romano), bem como de tratamentos protocolares em excesso, o que contribui para fixação dos simbolismos em âmbito jurídico²⁶.

A linguagem jurídica, identifica-se por um discurso entre quem emite – o poder, e quem o recebe – a sociedade, possui um significado arbitrário, utiliza-se de

²³ Ibidem, p. 137.

²⁴ Ibidem, p. 136.

²⁵ Ibidem.

²⁶ STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021.

símbolos que integram a linguagem ao vincular a realizada, reforçando ainda mais sua legitimidade²⁷.

A cultura que une, por intermédio da comunicação, também é uma cultura que separada, legitimando distinções e distanciamento em relação a cultura dominante, ou então, a que detém mais poder. Nesse sentido, defende-se que o cidadão se afasta do Judiciário por não compreender os ritos e a linguagem utilizada por juristas no envolvimento de processos judiciais. Acredita-se haver uma desconexão entre o sistema judicial e as pessoas que necessitam acioná-lo para resguardar ou garantir algum direito.

3. Linguagem da mediação: procedimento e técnicas.

O acesso à justiça reconhecido enquanto o mais básico dos direitos humanos, estruturou-se sob o paradigma da jurisdição estatal, ou seja, de que só seria viável acionando o Poder Judiciário. Tal perspectiva mudou em meados de 1980, quando o acesso à justiça “deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciários para a proteção contenciosa do direito, para constituir um acesso à ordem jurídica justa²⁸”.

A mediação²⁹ é uma prática milenar, na qual um terceiro fica responsável por mediar o diálogo entre pessoas envolvidas em um conflito. Há alguns anos, a prática vem ganhando espaço no cenário jurídico visto a necessidade de encontrar respostas para um problema preocupante: a falta de diálogo e os altos índices de litigiosidade.

²⁷ LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Simbolismo n(d)o direito: a linguagem jurídica entre a semiótica e a sociologia. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 16, nº 31, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/4967>>.

²⁸ WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 109.

²⁹ Ressalta-se que, sobre a mediação, pretende-se fazer uma abordagem geral, sem abordar suas diversas formas como: mediação escolar, mediação comunitária, mediação extrajudicial, mediação sanitária e mediação *online*.

Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral³⁰, a mediação é uma prática de resolução conflitiva em que as partes constroem de forma conjunta uma decisão, satisfazendo, dessa forma, todos os envolvidos e fortalecendo as relações sociais com a ação de um terceiro, que realiza intermediações e facilita o diálogo em busca do entendimento.

A palavra mediação “procede do latim *mediare*” que significa intervir, mediar, estar no meio”³¹. O termo evoca o sentido de equilíbrio, no qual o mediador está no centro, auxiliando as partes para que retomem o diálogo com respeito e em busca do consenso. É nesse contexto que a mediação é considerada “uma maneira ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação terceirizada de uma sanção legal³²”.

O objetivo da mediação é tornar responsáveis as partes para que tratem o conflito com o auxílio do mediador, tendo uma comunicação embasada em respeito, compreendendo as emoções e buscando o consenso para que os interesses dos conflitantes sejam alcançados e oxigene a paz social³³.

No mesmo ano da promulgação do Código de Processo Civil, foi publicada a Lei n. 13.140/2015, que ganhou espaço no cenário jurídico e passou a ser reconhecida como marco legal da mediação. Já no ano de 2016, a mediação foi regulamentada em âmbito trabalhista por meio da Resolução n. 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho. É mister lembrar que, já no ano de 2010, a Resolução n. 125 do CNJ, disciplinava sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. Todas as legislações citadas apresentam um rol de princípios que norteiam a prática e, apesar de não serem iguais, apresentam-se de forma conexa.

³⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

³¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 24

³² WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 5.

³³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 26.

O procedimento de mediação regulamentado por meio de lei deu espaço a uma antiga forma de tratamento de conflitos que, apesar de institucionalizada, deve manter sua essência: tornar protagonistas as partes da demanda conflitiva por meio do diálogo respeitoso com o auxílio do mediador, buscando a melhor solução para os envolvidos.

Antes de adentrar na temática das técnicas utilizadas no procedimento de mediação é salutar entender a figura do mediador, o terceiro que se encontra entre as partes conflitantes para ajudá-las a dialogar e encontrar a melhor forma para tratar o conflito que fez com houvesse uma ruptura em sua relação. Ao longo da mediação, o mediador trabalha para a obtenção de uma solução que satisfaça a todos, gerando comprometimento mútuo. “Deve mediá-las, conciliar os interesses conflitivos, conduzindo para que elas concluam com o seu impulso pela melhor solução³⁴.

Segundo Spengler³⁵, “o tratamento de conflitos através da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia”. Não se pretende aqui esgotar a temática, apenas apresentar algumas técnicas e sua conceituação.

Uma das primeiras técnicas utilizadas pelo mediador é o *rappor*t, pois é o meio de estabelecer maior aceitação do mediador, criando um elo de confiança entre o profissional e as partes envolvidas pelo conflito. “O *rappor*t varia de acordo com as pessoas e pode ser muito rápido para o fim de garantir empatia, sintonia e confiança do trabalho, ou não³⁶”.

O resumo também é um mecanismo utilizado durante a mediação, no qual o mediador após identificar algumas questões, interesses e sentimentos, passe a anotar, fazendo com que as partes percebam seu interesse na controvérsia, possibilitando também maior compreensão dos fatos. Ao relatar o resumo para os mediandos, deve-se fazer com cautela, pois qualquer incoerência na exposição pode

³⁴ Ibidem, p. 34.

³⁵ Ibidem, p. 24.

³⁶ Ibidem, p. 51.

fazer com que as partes deixem de ver a figura do terceiro enquanto neutra e imparcial³⁷.

Após realizar uma escuta atenda acerca do conflito que levou as partes até a mediação, o mediador passa a desenvolver outra técnica, a de perguntar. As perguntas servem para acolher, para esclarecer sentimentos e também interesses dos cidadãos. Lembrando que o mediador não deve aconselhar ou sugerir e, sim perguntar³⁸.

Segundo Vasconcelos³⁹, questionar as partes, esclarece sem ofender. Ademais, o ato de perguntar protege o mediador de julgamentos ou da mania de dar conselhos. As perguntas podem ser abertas, “quando incentivam o locutor a desenvolver ideias na forma de um conjunto de frases”, tais perguntas devem ter prioridade na mediação⁴⁰.

As perguntas fechadas são as que permitem respostas de sim e não. Tais perguntas não fomentam o diálogo e devem ser utilizadas para confirmar se as pessoas entenderam o que lhes foi explicado ⁴¹.

Na técnica de despolarização do conflito cabe ao mediador demonstrar as partes que ambos demonstram interesse na resolução da disputa, todavia por falhas na comunicação, os mesmos não conseguiram verificar que são congruentes quanto aos interesses⁴².

O silêncio também é uma técnica que pode auxiliar no bom andamento do procedimento de mediação e quando utilizado de forma breve pode ser considerado um aliado do mediador. “O silêncio releva a deferência de um para com o outro,

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

⁴⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 57.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

viabilizando o diálogo⁴³". Todavia, o silêncio deve ser utilizado por períodos curtos, porque quando utilizado de forma prolongada pode gerar inquietação e até mesmo romper com o ritmo da mediação.

Outro mecanismo é a escuta ativa, isso porque todos têm a necessidade de serem ouvidos e de sentir que alguém se importa com o que estão dizendo. Ouvir é uma habilidade, e na mediação deve substituir o hábito de dar conselhos. Quem aconselha se coloca em uma posição de superioridade, enquanto quem ouve busca compreender e se comunicar, tanto com mensagens verbais, quanto não verbais. "Aquele mediador que não compreende um olhar não compreenderá uma longa explicação⁴⁴".

Por fim, sem esgotar o tema, a última técnica a ser abordada é o brainstorming, reconhecida também como tempestade de ideias, ou seja, busca-se a formulação de diversas opções para o tratamento do conflito, por meio de liberação de pensamento e estímulo criativo dos mediandos. Neste momento procura-se deixar de lado o passado e pensar, daqui para frente, objetivando um futuro melhor⁴⁵.

As opções precisam ser baseadas em critérios objetivos, ou seja, realizáveis. Os critérios dizem respeito a: valores econômicos, morais e jurídicos que precisam ser observados na tomada de decisões. É preciso desenhar o futuro para compreender a viabilidade das opções sugeridas⁴⁶.

Defende-se ainda que a figura do mediador apresente um tom de informalidade, isso para evitar que seja percebido enquanto uma figura autoritária. O respeito do mediador é estabelecido por meio da comunicação entre as partes e assim o mesmo constrói sua autoridade sem que seja necessário impor.

A mediação é feita de comunicação e além de entender o que o outro está falando, é preciso compreender para que seja possível restaurar a confiança rompida

⁴³ Ibidem, p. 64.

⁴⁴ Ibidem, p. 65.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

pelo conflito, pelo menos, confiar que pode dialogar com a outra parte e que caso seja viável chegar a um consenso, que o acordo será cumprido.

4. Democratização do acesso à justiça pela autocomposição: a linguagem como meio de inclusão

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os cidadãos brasileiros sem qualquer discriminação de raça, credo, cor ou condições financeiras passaram a ter direito de acessar o Judiciário, o que é salutar, visto que, quando qualquer direito estiver ameaçado ou for violado, é com base neste direito que será resguardado. Ocorre que os cidadãos estão adentrando com demandas judiciais por todo e qualquer motivo, sendo que por vezes esquecem da importância do diálogo e o quanto este pode, além de resolver o conflito, ter impacto nas relações sociais dos envolvidos⁴⁷.

Os índices de litigiosidade passam a afetar a saúde da população e é necessário que os operadores do Direito (re)pensem com afincos sua forma de atuação pelo bem coletivo da sociedade. Nesse ínterim, acredita-se que é preciso tratar a causa do problema e não somente remediar com mudanças normativas, ou seja, romper com o paradigma imposto perante a sociedade de que só é possível acessar a justiça por meio da jurisdição.

Seguindo este fio condutor, Eligio Resta⁴⁸, propõe a aplicação de uma “jurisdição mínima e não uma jurisdição onívora e ineficaz”. O autor acredita que é preciso reavaliar a relação entre sociedade e Judiciário, propondo uma maneira ecológica de relacionamento, no qual os problemas de determinado contexto social sejam resolvidos dentro da esfera local.

⁴⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; Dornelles, Maini. **A advocacia colaborativa como política pública de tratamento de conflitos**: a humanização do acesso à justiça à luz da fraternidade e da cooperação. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2023.

⁴⁸ RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 67.

Não é necessário pedir a um juiz que sempre dê a última palavra, que diga o Direito em cada situação cotidiana da sociedade; existem pessoas (mais) preparadas para fazer isso, que são as que vivem o conflito e precisam ser responsabilizadas para lidar com ele. “Sabe-se que nem sempre, e não em todas as partes, os conflitos são resolvidos por um juiz na base de um poder monopolista do tipo estatal, nem que este sistema é, por definição, o mais justo ou mais racional⁴⁹”.

Para que se quebre com o círculo vicioso de acessar o Judiciário constantemente, tornando o Estado um monopólio da jurisdição, é preciso reinserir valores fraternos na população. Redefinindo a relação entre sociedade e Poder Judiciário, que compõe o “círculo conflito/remédio⁵⁰”. Seria ingenuidade não reconhecer a importância do Poder Judiciário (Estado) para a sociedade democrática, entretanto, o que se pretende é fazer com que as pessoas parem de litigar por todo e qualquer motivo do seu cotidiano, fazendo com que aprendam a dialogar e resolvam o conflito no mesmo contexto social onde foi criado.

“A justiça feita pelos homens é sentida como justa graças ao eco que encontra nos símbolos que a rodeiam⁵¹”. A visão do Poder Judiciário como único meio de tratar conflitos é sustentada desde os primórdios do Estado, contudo, para muito além de dirimir contendas, o Judiciário desenvolve papéis complexos, visto que os Tribunais passaram a decidir sobre questões importantes no âmbito social e político. “A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz⁵²”.

Com o Estado Democrático, a cidadania atuante está aflorada nos cidadãos, enquanto que, nos poderes Executivo e Legislativo, esse fenômeno fez aumentar o

⁴⁹ RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, p. 67.

⁵⁰ Ibidem, p. 69.

⁵¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho.: Revan, 1999, p. 42.

⁵² SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

índice de fiscalização e participação e, no Judiciário, o cenário é outro, pois a “centralização, verticalização e a hierarquização, alinhadas a outras características, concorrem na instituição de um dos poderes mais oclusos⁵³”. Essa judicialização da vida política, social e moral dá uma única certeza: que, em caráter final, a última palavra vem sendo dada pelo Judiciário⁵⁴.

Fabiana Marion Spengler⁵⁵, atribui que a resolução de conflitos em âmbito judicial é uma espécie de “tratamento de sintomas sem erradicar a doença de fato”, ou seja, os cidadãos demandam junto ao Judiciário para que um terceiro, que desconhece a realidade conflitiva, lhes diga quem é detentor de maior direito. Assim, as partes sequer dialogam para entender o que as levou até o conflito, como acontece, por exemplo, em uma sessão de mediação.

É possível observar contradição quanto ao fenômeno da judicialização, visto que a instituição da norma positivada e todo o conjunto de rituais junto ao Judiciário traz segurança jurídica, mas, quando visto de outra forma, o (des)tempo que se depreende pode pôr em risco os direitos. “Consequentemente, nossas relações mundanas são atingidas pela relatividade e as certezas são abaladas. O caos se torna a regra⁵⁶”.

O formalismo jurídico surge no intuito de interpretação da norma de forma abstrata, tornando-a o mais impessoal possível. Essa característica tecnicista acaba por ignorar a individualidade dos cidadãos ou então de determinado contexto social, o que supostamente se justifica em nome da segurança jurídica e do processo. “Baseado no formalismo, o Judiciário pôde garantir independência estabelecendo sua

⁵³ STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021, p. 79.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁵⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 285.

⁵⁶ Ibidem, p. 383.

estrita vinculação à legalidade⁵⁷”. Essa forma de aplicação estática de procedimentalismo não se adapta à “proteção de direitos coletivos que dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos⁵⁸”.

Uma das características do formalismo é também de controlar eventuais excessos de uma parte em face da outra, sendo um fator de nivelamento pelo menos no que tange a formalidades. Assim, serve para garantir equilíbrio entre os envolvidos, que terão os mesmos poderes, faculdades e deveres. Ao pensar nas questões formais do processo, necessariamente se pensa em valores que se pretendem atingir com este. Portanto, destacam-se, por um lado, “os valores mais importantes para o processo: a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa⁵⁹”.

O formalismo não pode ser encarado somente enquanto uma doutrina linguística, de vestimenta, de lugares demarcados para sentar, de tempo processual, dentre outras situações que caracterizam os ritos do processo. Ele é regado por uma carga cultural que também visa resguardar iguais direitos aos envolvidos em uma demanda processual para evitar arbitrariedades e garantir segurança jurídica aos atores.

A cultura do formalismo e de simbologias atreladas ao Poder Judiciário foi construída desde a criação da sociedade brasileira, sendo esta legitimada pelo povo. Todos esses valores jurídicos representativos foram perpetuados enquanto “enunciados de valores universais e eternos⁶⁰”.

Estes simbolismos e o formalismo exacerbados serviam para o Poder Judiciário enquanto este servia apenas a uma elite dominante, quando o acesso à

⁵⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 118.

⁵⁸ FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995, p. 15.

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 26, p. 59-88, 2006. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/74203>. p. 65.

⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 240.

justiça ainda não era reconhecido como um direito de todos de forma indiscriminada. Com o progredir dos anos e as conquistas democráticas, muitas mudanças já ocorreram, mas ainda existem questões que fazem com que o cidadão comum não se sinta incluído quando está inserido em um processo judicial. A questão cultural inserida na sociedade demanda tempo para atingir mudanças significativas. Nesse sentido: “uma Constituição, quando entra em vigor, não abole de um só golpe todo o conjunto dos costumes políticos, forjados durante séculos, nem modifica a mentalidade social dominante”⁶¹.

No atual cenário social, é inviável que o acesso à justiça seja negligenciado perante o Poder Judiciário enquanto Estado. O cidadão não pode ser visto como um consumidor do sistema de justiça “que acentua exclusões, muitas vezes, camufladas por seus simbolismos”⁶². É nesse sentido que é salutar romper paradigmas, retirando do Estado o monopólio da jurisdição e tornando os cidadãos protagonistas da resolução de suas demandas conflitivas sempre que possível.

Ainda recentes, porém apresentando-se como uma forma efetiva de descentralização do judiciário, os procedimentos desjudicializadores estão sendo cada vez mais reconhecidos pelos operadores do Direito no cenário jurídico brasileiro. A situação permite despir a justiça de simbolismos, *status* social, dentre outras amarras perpetuadas ao longo dos anos. Os procedimentos extrajudiciais “[...] não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério de adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais apropriado”⁶³.

Compreende-se o papel da linguagem e da simbologia na construção do respeito e da neutralidade do Poder Judiciário. Todavia, defende-se que atualmente o

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 275.

⁶² STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021, p. 89.

⁶³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 46.

procedimentalismo exacerbado, a linguagem complexa e outras situações que envolvem o rito, não são necessárias, isso porque, o Judiciário não trata apenas com seus operadores, ele decide a vida de cidadãos, e é salutar que estes possam compreender os motivos da decisão tomada.

[...] entre o Direito e o seu destinatário, existe uma barreira “opaca” que os distancia, impossibilitando aquele último de absorver do primeiro os seus conteúdos e sentidos, entender os seus processos e instrumentos, tornando-o, por isso, incapaz de dele se beneficiar como seria esperado. Existe, pois, uma opacidade do jurídico⁶⁴.

Hodiernamente, a sociedade clama por igualdade e inclusão. Busca-se isso por meio da legislação, de decisões judiciais e por meio de políticas públicas, mas como falar em inclusão se quando o judiciário decide a vida das pessoas, elas nem entendem o que está disposto em sentença? A Jurisdição precisa ser mais inclusiva e a mudança da linguagem faz parte deste processo.

O procedimento de mediação como visto, está embasado no uso de linguagem simples e informal, a intenção é que todos se sintam incluídos, pertencentes e busquem a melhor solução para sua contenda.

Antes de finalizar a pesquisa, salutar trazer à baila que o Conselho Nacional de Justiça, lançou o “Pacto Nacional pela Linguagem Simples”, que consiste na adoção de ações e iniciativas a serem desenvolvidos em todos os segmentos da justiça, com o objetivo de adotar a linguagem simples, direta e compreensível a todos os cidadãos. Por ser recente, ainda não existem dados acerca do impacto que tal projeto vai desempenhar no acesso à justiça.

Posto isso, defende-se que o tempo da linguagem jurídico repleta de termos incompreensíveis pelo cidadão que não tem formação jurídica, já passou, devendo ser

⁶⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. Tradução: Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998, p. 14.

utilizado linguagem simples e inclusiva, como acontece no procedimento de mediação, visto que torna a prática mais democrática e humanizada.

5. Conclusão

Estudou-se, na presente pesquisa, o papel da linguagem tanto na Jurisdição, quanto na autocomposição, com enfoque apenas no procedimento de mediação. Buscou-se demonstrar as diferenças entre o processo e o procedimento, apresentando todos os formalismos que está envolto o rito da Jurisdição, especialmente os símbolos que o permeia.

Opondo-se a todo o formalismo apresentado, demonstrou-se a mediação, meio autocompositivo de tratamento de conflitos, apresentando o procedimento e as técnicas utilizadas, com ênfase especialmente na utilização de linguagem simples, informal e acolhedora, que permite que os mediandos sintam-se incluídos e compreendam melhor a importância de tomar decisões sobre sua própria vida.

Objetivou-se com a pesquisa responder a seguinte problemática: A mediação pode ser considerada um meio democrático de acesso à justiça dado a linguagem utilizada na realização do procedimento? O método utilizado demonstrou-se eficaz na confecção do trabalho, bem como a técnica de pesquisa utilizada.

No primeiro tópico foi feita uma análise acerca das formalidades que envolvem o rito no Poder Judiciário, enquanto no segundo ponto, estudou-se a mediação, a forma como o procedimento se dá na prática e as técnicas utilizadas pelo mediador para conduzir a sessão.

No terceiro item buscou-se analisar a linguagem enquanto um mecanismo que pode incluir ou não o cidadão, que pode ser o elo para uma boa compreensão do conflito ou então para afastá-lo da justiça.

Por fim, foi possível concluir que a linguagem precisa ser democrática, como se evidencia no procedimento de mediação e faz com que o tutelado compreenda

melhor seus direitos e tenha sensação de pertencimento, democratizando assim, o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>. Acesso em 03 de out. 2023.

BRASIL. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 05 nov. 2023.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. Tradução: Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1995.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**. O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho.: Revan, 1999.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Simbolismo n(d)o direito: a linguagem jurídica entre a semiótica e a sociologia. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 16, nº 31, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/4967>>. Acesso em 05 nov. 2023.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26, p. 59-88, 2006. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/74203>. Acesso em: 05 nov. 2023.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.
SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion; DORNELLES, Maini. **A advocacia colaborativa como política pública de tratamento de conflitos**: a humanização do acesso à justiça à luz da fraternidade e da cooperação. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2023.

STANGHERLIN, Camila Silveira. **As políticas públicas brasileiras de tratamento adequado de conflitos e sua (in)adequação à quarta onda de acesso à justiça**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2021.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: O IMPACTO DA TECNOLOGIA SOBRE OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Artificial intelligence: the impact of technology on fundamental rights and guarantees

Fábio da Silva Veiga¹

Universidade Lusófona, Portugal

Cássio Willames Ferreira Moura²

Centro Universitário Fieo – UNIFIEO, BRASIL

DOI: <https://doi.org/10.62140/FVCM7932025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Da evolução tecnológica: breve histórico e conceituação; 3. Análise dos principais impactos da tecnologia nos direitos e garantias fundamentais; 4. Legislação brasileira e seus desafios; 5. Conclusão.

Resumo: Este artigo explora a inteligência artificial. Dessa forma, é mister analisar os aspectos nos quais os direitos e garantias fundamentais se relacionam com a tecnologia. Examinar os principais aspectos dessa perspectiva diante da utilização de algumas das principais tecnologias na promoção e efetivação dos direitos fundamentais. Para isso, este artigo proporciona uma discussão no que se refere aos

¹ Professor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona, Portugal nos 1º, 2º e 3º Ciclos de Estudos em Direito. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo, Espanha. Professor do Programa de Pós-graduação “stricto sensu” em Direito do Centro Universitário Fieo – UNIFIEO – Brasil. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR. E-mail: fabio.veiga@ulusofona.pt . ORCID: 0000-0002-9986-7813.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio Teresina. Pós-graduado em Direito Tributário pela EPD e Direito Previdenciário e do Trabalho pela Pitágoras. Mestrando em Direito pela UNIFIEO. E-mail: cassioadvpi@gmail.com. ORCID 0009-0001-0944-122X

principais aspectos relacionados às questões tecnológicas e suas implicações na defesa, ampliação e promoção dos direitos fundamentais, evidenciando sua importância na atualidade. Também explorará questões relevantes, a exemplo do ambiente virtual, cibersegurança, a proteção da privacidade no espaço virtual, a utilização da inteligência artificial no contexto contemporâneo, entre a exclusão digital.

Palavras-chave: Tecnologia; Direitos Fundamentais; Exclusão Digital.

Abstract: This article explores artificial intelligence. Thus, it is necessary to analyze the aspects in which fundamental rights and guarantees are related to technology. To examine the main aspects of this perspective in view of the use of some of the main technologies in the promotion and enforcement of fundamental rights. To this end, this article provides a discussion regarding the main aspects related to technological issues and their implications in the defense, expansion and promotion of fundamental rights, highlighting their importance today. It will also explore relevant issues, such as the virtual environment, cybersecurity, the protection of privacy in the virtual space, the use of artificial intelligence in the contemporary context, among the digital divide.

Keywords: Technology; Fundamental Rights; Digital Exclusion.

INTRODUÇÃO

O contexto em que a evolução e o avanço tecnológico podem proporcionar alguns benefícios aos cidadãos, como o acesso às informações dos poderes públicos, por outro lado, também se verifica a possibilidade de as novas tecnologias serem usadas como instrumentos de causação de graves violações aos direitos fundamentais, como desrespeito à privacidade, monitoramento em massa, discriminação algorítmica pelas condições de determinados indivíduos, entre outras violações.

Além disso, com a constante evolução tecnológica, governos e empresas estão intensificando a migração de seus serviços para os meios digitais. Isso posto, é possível observar que indivíduos excluídos digitalmente enfrentam dificuldades ou, em determinados casos, não conseguem exercer seus direitos e sua cidadania em decorrência dessa exclusão chamada pela doutrina como “brecha digital”³.

Além disso, no que diz respeito às principais tecnologias e seus impactos, os quais podem ser tanto positivos quanto negativos para as garantias fundamentais dos indivíduos, surgiu a seguinte problemática: as novas tecnologias podem causar danos aos direitos fundamentais dos cidadãos? Na balança entre benefícios ou potenciais prejuízos aos direitos fundamentais, há algum tipo de transação ou os direitos fundamentais nessa esfera são absolutos?

Por conseguinte, o estudo tem como objetivo geral desta pesquisa é analisar a utilização, bem como os principais impactos da tecnologia na sociedade atual e, sobretudo, no direito à privacidade e a saúde foco do estudo. Serão examinados tanto os impactos positivos quanto os negativos que a tecnologia pode gerar não apenas para a sociedade, mas também para os direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, inclui-se também como objetivo específico uma breve análise histórica dos direitos e garantias fundamentais, assim como da evolução tecnológica. Por conseguinte, será exposta a colaboração da tecnologia para o alcance de determinados direitos fundamentais para uma parcela da população que, se não fosse por meio da tecnologia, não teria outras possibilidades de exercer esses direitos. Por outro lado, serão abordados os entraves que a tecnologia pode ocasionar aos direitos fundamentais, como o desrespeito à privacidade, entre outros problemas ocasionados pela tecnologia.

Ademais, serão analisadas as atuais condições sociais e tecnológicas, evidenciando os entraves causados pela exclusão digital, a qual contribui para o

³ Vide TIANA FERRER, Alejandro. “Brecha digital, brecha social”, in: *Revista Escritura pública*, ISSN 1695-6508, N.º. 124, 2020 (Ejemplar dedicado a: Brecha en la enseñanza "online"), págs. 11-11. Acesso: 20 dez. 2024. Disponível em: <https://escriturapublica.es/brecha-digital-brecha-social-por-alejandro-tiana-ferrer/>

aumento da exclusão social, evidenciando que são fenômenos que se retroalimentam, visto que a exclusão social também provoca a exclusão digital. À vista disso, torna-se de grande relevância a apresentação de algumas possibilidades de soluções no que tange à exclusão digital e seus efeitos, os quais têm o potencial de propiciar a inclusão digital.

O estudo foi dividido da seguinte forma: a primeira sessão aborda o delineamento da pesquisa. O segundo faz uma abordagem histórica da tecnologia, bem como dos direitos e garantias fundamentais. A terceira fará uma análise dos impactos das tecnologias, evidenciando os benefícios e desafios que podem ser lançados a uma camada da população que não dispõe de alguns serviços essenciais, como saúde e educação. E por fim os principais obstáculos à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

1. DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

Inicialmente, cabe pontuar as possíveis causas que impulsionaram o ser humano a transcender seu estado tecnológico rudimentar e ingressar em um ciclo contínuo de evolução tecnológica que se estende até os dias atuais e não demonstra sinais de desaceleração. Dessa forma, Cataliotti (2023, p. 2) faz a seguinte abordagem: “A primeira tecnologia desenvolvida pelos humanos foram as ferramentas de pedra. Ao lascar rochas para criar formas, os humanos foram capazes de criar os primeiros machados, martelos, facas e pontas de flechas”. Isso permite inferir que o motor propulsor do desenvolvimento da humanidade ao longo da história, está e de certa forma ainda está relacionado ao aprimoramento dos meios de sobrevivência, auxiliado pelas tecnologias de cada período histórico. Nessa perspectiva:

A evolução histórica da tecnologia tem início nas primeiras invenções do homem. Ao longo do tempo o ser humano desenvolveu ferramentas de caça, descobriu o fogo, criou a roda para ajudar na locomoção, tudo com o intuito de tornar a vida mais fácil. A lógica

sempre foi criar invenções capazes de contribuir para a sociedade, como o telefone, a luz elétrica, televisão, rádio e internet. Com o passar das décadas, a evolução da tecnologia é cada vez mais rápida e necessária e se desenvolve tão rápido que algumas gerações encontram dificuldades para acompanhar e se adaptar (Vasconcelos, 2020, p.2).

Nessa perspectiva, observa-se os impactos dessas profundas transformações, que modificam a maneira como nos relacionamos tanto no círculo social como familiar, implicando em desafios relevantes na contemporaneidade. Grasseli (2023, p.2) também discute, nos dias atuais, a despeito da grande facilidade de comunicação, afirmando que: “apesar de romper a distância física, a comunicação virtual também pode resultar em uma desconexão emocional, já que as interações presenciais são substituídas por interações digitais”. Dessa forma, é possível depreender que, apesar do significativo avanço na comunicação digital nas últimas décadas, facilitando as interações humanas, também trouxe consigo desafios para a sociedade. Cada vez mais, as interações humanas ocorrem de forma virtual, em detrimento do contato presencial.

Ademais, torna-se pertinente enfatizar aspectos concernentes à Inteligência Artificial (IA) no cenário contemporâneo. Para isso, é importante fazer breves apontamentos a respeito do surgimento e evolução da IA.

Podemos pensar que a concepção de robôs, IA e máquinas automatizadas é um fenômeno moderno, mas, na verdade, a ideia já apareceu na literatura ocidental há quase 3.000 anos. Muito antes de Isaac Asimov conceber as Leis da Robótica (1942) e John McCarthy cunhar o termo "Inteligência Artificial" (1995), os mitos gregos antigos estavam cheios de histórias sobre humanoides inteligentes. O fato de esses humanoides míticos atenderem aos critérios das definições modernas de robótica e IA é impressionante por si só. Mas o que é ainda mais surpreendente é que esses contos antigos podem nos fornecer ensinamentos valiosos e insights sobre nosso discurso moderno sobre inteligência artificial. Tais histórias "perpetuadas ao longo de milênios, são um testemunho da persistência do pensamento e do diálogo sobre o que é ser humano

e o que significa simular a vida". [...] (Lykiardopoulou, 2023, p. 2).

Conforme retratado pela autora, a reflexão acerca do conceito de Inteligência Artificial não é algo recente de nossa época. Porém, a evolução terminológica, conceito e aplicabilidade como conhecemos atualmente, essa possibilidade de forma mais concreta, começou a ser aventada na década de 1940. Nesse período, iniciaram-se os trabalhos por Pitts e McCulloch, os quais propuseram um modelo matemático para demonstrar o funcionamento dos neurônios no cérebro. Isso contribuiu para a construção de redes neurais artificiais, sistemas interconectados compostos por vários neurônios artificiais. Dessa forma, ambos estabeleceram bases para que as pesquisas no desenvolvimento de IA pudessem ser concretizadas (Lemos, 2023). Alan Turing foi um cientista e matemático que ofereceu uma contribuição significativa para o desenvolvimento da computação. Além disso, desempenhou um papel crucial para os britânicos durante a Segunda Guerra Mundial, ao desenvolver uma máquina capaz de decodificar mensagens criptografadas dos alemães (Fontoura, 2021).

Ademais, Turing também obteve notável reconhecimento por suas contribuições no campo da Inteligência Artificial. Em 1950, ele publicou um artigo intitulado "O Jogo da Imitação" ou "Teste de Turing", que propunha um teste para avaliar se uma máquina seria capaz de exibir comportamento semelhante ao da inteligência humana (Lima, 2017).

O teste de Turing funciona da seguinte maneira: existem dois humanos e um sistema de inteligência artificial situados em um mesmo ambiente. [...] um dos humanos é um interrogador que está separado (por uma barreira) do outro humano e do sistema de IA. Este interrogador entra em uma conversa em linguagem natural (via teclado) com o outro humano e também com a máquina, e caso ele não consiga distinguir se está conversando com a máquina ou com o ser humano é um indicativo de que o sistema é inteligente e passou no Teste de Turing (Granatyr, 2016, p. 2)

Atualmente, a Inteligência Artificial oferece uma grande contribuição para

a sociedade, desde que seja utilizada com o intuito de proporcionar benefícios à mesma. No entanto, caso seja empregada de maneira contrária a esse objetivo, pode de fato apresentar sérios riscos, como será discutido posteriormente. Investigando os aspectos conceituais da IA:

De maneira geral, os sistemas de IA funcionam ao ingerir grandes quantidades de dados de treinamento rotulados, analisando os dados em busca de correlações e padrões, e utilizando esses padrões para fazer previsões sobre estados futuros. Dessa forma, um chatbot que recebe exemplos de texto pode aprender a gerar interações semelhantes à vida real com pessoas, ou uma ferramenta de reconhecimento de imagem pode aprender a identificar e descrever objetos em imagens revisando milhões de exemplos. Novas técnicas de IA generativa, que estão rapidamente melhorando, podem criar texto, imagens, música e outros conteúdos realistas (Laskowski e Tucci, 2023, p. 1)

Diante do exposto, portanto, é possível concluir que a IA, como ferramenta poderosa no contexto atual, é uma ciência com diversos campos de atuação, como matemática, medicina, computação, robótica, entre outros. As possibilidades de aplicação da IA são inúmeras, abrangendo áreas como saúde, educação, segurança, comércio e muitas outras possibilidades.

1.1 Tecnologia e Direitos e Garantias Fundamentais

Em princípio, é possível inferir que com o advento das novas tecnologias na contemporaneidade, surgiram mecanismos que contribuem para ampliação do acesso aos direitos fundamentais. Por exemplo, a telemedicina tornou possível tratar enfermidades de indivíduos que residem em áreas de difícil acesso ou que têm dificuldade de locomoção. Além disso, é possível levar educação a distância a comunidades isoladas, por meio de programas educacionais para pessoas carentes. Dessa forma, o acesso à internet assegura a promoção de alguns direitos básicos, conforme preceitua a nossa Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

No apagar das luzes do ano de 2022, em sintonia com a adensada digitalização dos setores público e privado,

foi promulgada a Lei 14.510, que disciplina a prática de telemedicina, abrangendo todas as profissões regulamentadas pelos órgãos brasileiros competentes, apontando uma principiologia nuclear que inclui, v.g., a dignidade do profissional de saúde, a preservação da autonomia do paciente e do profissional de saúde, a responsabilidade digital, a centralidade do TCLE (termo de consentimento livre e esclarecido), a promoção da universalização do acesso dos brasileiros às ações e aos serviços de saúde, o direito à recusa ao teletendimento e a garantia da opção à modalidade presencial, dentre outros (Sarlet e Sarlet., 2023, p. 2).

No entanto, com a ascensão de tecnologias cada vez mais avançadas e sofisticadas, apesar dos benefícios que as mesmas podem propiciar para a sociedade, da mesma forma, também podem contribuir para o surgimento de possíveis entraves na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Conforme estabelece o colunista de tecnologia, e que espelha o que está sendo examinado, Zmoginski (2019), afirma que na China, parte da população sofre grande controle de vigilância promovido pelo governo de Pequim, com o monitoramento de smartphones, do deslocamento, o reconhecimento facial feito por câmeras de vigilância.

Portanto, com o avanço das novas tecnologias, também fica propício surgirem maneiras de haver violações relacionadas a direitos e garantias fundamentais, por meio dessas ferramentas tecnológicas, que, ao serem utilizadas de forma abusiva, por exemplo, colocariam em risco os direitos fundamentais dos indivíduos. Nessa ótica, uma das maneiras de amenizar tais possíveis violações foi a promulgação, em 2018, da Lei Geral de Proteção de Dados. Nessa análise, é possível afirmar que:

Os dados pessoais, na sociedade contemporânea, assumem importância estratégica cada vez maior. Podem ser utilizados em inúmeras aplicações, como o direcionamento de propagandas e anúncios específicos para o perfil de determinado consumidor, a partir das páginas que este visita na internet, ou a identificação da preferência ideológica ou mesmo sexual mediante análise dos gastos realizados pelo cartão de crédito, ou a investigação de doenças com maior probabilidade de se manifestarem durante a vida de determinado indivíduo, por meio da análise de seu material genético.

Os exemplos são praticamente inesgotáveis e, cada vez mais, presentes no cotidiano – basta lembrar de seu smartphone, que sugere trajetos para o trabalho mesmo nos feriados (Roque, 2019, p. 2).

Seguindo a argumentação de Roque, torna-se possível inferir sobre a necessidade de uma legislação atual, eficaz e capaz de adequar o comportamento digital à norma legal, tendo em vista o aumento exponencial da integração ao espaço virtual. Isto posto, “é notório que desde o advento da internet, a coleta de dados invadiu sobremaneira a privacidade das pessoas. Novas normas se faziam necessárias à proteção da privacidade na sociedade da informação” (Finkelstein e Finkelstein, 2019, p. 284). Assim, percebe-se a necessidade e urgência em que o direito deve acompanhar as complexas mudanças sociais no meio digital, para que, dessa forma, seja possível mitigar as inúmeras possibilidades de violações que podem ocorrer no mundo cada vez mais digital.

Dessa forma, a LGPD entrou em vigor em setembro de 2020 com o objetivo de conter violações de dados pessoais no meio digital e, assim, proteger as informações pessoais. Com isso, o propósito da Lei é resguardar os dados pessoais tanto no meio físico quanto no digital, preservando a privacidade, intimidade e a liberdade da pessoa natural contra abusos e violações (Botelho e Camargo, 2021). Em vista disso, os autores afirmam que a Lei 13.709/2018 tem o propósito de garantir a cada indivíduo os direitos fundamentais preceituados pela nossa Carta Maior, bem como a liberdade, privacidade e a livre personalidade. Isso se deve, portanto, ao repelir abusos e violações não apenas no meio digital, como também no físico (BRASIL, 2018). Além disso, “A Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X)” (Silva, 2022, p. 205).

Nesta mesma análise, Vieira (2017), destaca que a dinamicidade do direito busca se adaptar à contemporaneidade, passando também a tratar do direito à privacidade daqueles que se movimentam no espaço cibernético. Conforme argumentado por Vieira, a mesma defende a evolução adaptável do direito em conformidade com as constantes mudanças que ocorrem no ciberespaço. No

entanto, por vezes, a ciência jurídica se destoa das complexidades atuais que se apresentam no mundo digital. Por conseguinte, diante da existência de uma grande lacuna entre o direito e a tecnologia observa-se que:

Para se ter uma ideia do espaço que há entre a evolução tecnológica e o direito, o Marco Civil da Internet, principal lei que regula o uso da internet no Brasil, foi criado somente em 2014 - Lei 12.965/14 -, após a ocorrência de vários crimes cometidos (na esfera cível e criminal), por pessoas que utilizaram a internet, por meio de rede pública, privada e doméstica. Esses crimes vão desde cyberbullying, intimidação, assédio, extorsão e plágios, até pornografia infantil. Vale lembrar que essa lei só foi discutida no Congresso e, posteriormente criada, após uma atriz global ter, em 2012, os seus dados pessoais e sua privacidade violados. Antes disso, dificilmente as pessoas eram julgadas e condenadas pelos crimes que cometiam por meio da internet (Bertazo, 2018, p.2)

Portanto, evidencia-se a necessidade do direito se adequar às mudanças existentes na sociedade de forma rápida, sobretudo na área da tecnologia, pois é um campo com constantes evoluções e transformações que ocorre com grande frequência. Com isso, objetiva-se prevenir violações dos direitos fundamentais dos indivíduos. Além disso, é fundamental que o direito acompanhe a evolução tecnológica, objetivando dirimir eventuais lacunas nas legislações pertinentes, a fim de haver maior adequação da norma legal aos fatos ilícitos ou criminosos ocorridos no espaço virtual.

2. ANÁLISE DOS PRINCIPAIS IMPACTOS DA TECNOLOGIA NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ao analisar os aspectos iniciais dos impactos positivos mais relevantes que essa ciência em questão pode promover em benefício dos direitos fundamentais, é possível identificar inúmeros benefícios que podem ser propiciados a tais direitos. A seguir, serão explanados alguns benefícios em prol da saúde no que tange à promoção desses direitos por meio da tecnologia.

2.1 Telessaúde: Desafios e Avanços e Desafios

Historicamente, com o avanço tecnológico, permitiu-se que, em meados dos anos 80, o serviço de telessaúde, de forma inovadora, desse seus primeiros passos no Brasil. Assim, a telessaúde foi utilizada, por profissionais da saúde durante um acidente em Goiânia, onde pessoas foram expostas ao cézio-137. Dessa forma, médicos encarregados dos relatórios do acidente radioativo e do acompanhamento das vítimas utilizaram, de forma pioneira, uma rede de computadores Itautec I-7000, interconectados via RENPAC, para compartilhar informações diárias sobre as vítimas em diferentes hospitais (Sabbatini, 2012).

[...] um dos primeiros projetos telemedicina brasileiro a utilizar redes digitais foi realizada pelo Núcleo de Informática Biomédica da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) em 1985, por ocasião de um acidente na cidade de Goiânia, estado de Goiás, em que várias pessoas foram contaminadas por cézio radiativo (Sabbatini, 2012 p. 5).

Desse modo, isso marcou o início de uma inovadora possibilidade na assistência médica, permitindo que os profissionais de saúde atendessem pacientes em áreas remotas, pacientes com dificuldades de mobilidade. Logo, possibilitando a melhora no acesso aos cuidados com a saúde. Posteriormente, a telessaúde foi amplamente utilizada no período pandêmico de Covid-19, que ocorreu em meados de 2020 e perdurou por alguns anos seguintes, na qual será abordado mais à frente.

Analisando os principais aspectos concernentes ao acesso à saúde, a nossa Constituição Federal preceitua em seu artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

Nesse sentido, a CF é clara ao afirmar acerca do acesso universal e igualitário ao serviço de saúde, ou seja, o direito à saúde é um preceito constitucional. Entretanto, em nosso país, existem inúmeros entraves que dificultam a efetivação desse direito fundamental. Para exemplificar, é possível citar algumas destas dificuldades que envolvem desde questões relacionados a indivíduos

que residem em locais de difícil acesso até locais com escassez de profissionais de saúde para atender à demanda de pacientes. Nesse contexto, a telessaúde tem o potencial de amenizar alguns desses obstáculos.

Além disso, em determinadas circunstâncias, a mudança do atendimento presencial para o virtual pode significar um desafio adicional sob a ótica tradicional da sociedade, assim como da prática da medicina e dos serviços de saúde, tanto para os pacientes como para os profissionais da área. Para mais, também há várias barreiras como as tecnológicas, culturais e institucionais (Maldonado, Marques e Cruz, 2016).

Todavia, o uso massivo das TICs se faz necessário maior proteção dos dados dos usuários, tais como resultados de exames, diagnósticos e relatórios médicos (Romão, 2023), além de treinamento e qualificação adequados para a operacionalização dos avançados recursos tecnológicos.

As novidades tecnológicas impõem novos desafios jurídicos e a revisão de paradigmas. A proteção de dados pessoais, para além da tutela da intimidade, avança para novos campos, inclusive pela necessidade de integração de sistemas de informações se a existência de novos risco. (Schulman e Cavet, 2021, p. 892).

Outrossim, é imperioso que se “impõe a revisitação de institutos da responsabilidade civil e reflexões que ultrapassam as disposições postas pela Lei Geral de Proteção de Dados.” (Schulman e Cavet, 2021, p. 891). Posto isto, é de grande relevância superar esses e demais desafios, pois, dessa forma, será possível promover, ampliar, disseminar e, conseqüentemente, efetivar com maior abrangência este direito fundamental assegurado pela nossa CF de 1988. Em seguimento, os autores a seguir, conceituam telessaúde da seguinte maneira:

A telessaúde consiste na utilização de tecnologias de informação e comunicação (TIC) para prestar serviços de saúde a distância e para compartilhar informações e conhecimento. Na literatura, os termos telessaúde, telemedicina e eHealth são frequentemente utilizados;

eles expressam estratégias de resposta para problemas de saúde socialmente construídos, como escassez de profissionais em áreas remotas e aumento da longevidade da população (Celes et al., 2018, p. 1).

Por conseguinte, é necessário esclarecer que o termo “telessaúde” abarca uma abrangência maior em comparação com o termo “telemedicina”. Este último, cunhado inicialmente na década de 60.

Estabelece a diferença entre os termos telessaúde, mais abrangente, e telemedicina, mais específico. Enquanto o termo telessaúde é intrinsecamente associado à incorporação de tecnologias de informação e de comunicação nos sistemas de saúde, a telemedicina está inclusa dentro de um construto maior – telessaúde – no qual estão incluídos também teleeducação sanitária ou em saúde; redes de investigação e teleepidemiologia; redes de administração e gestão em saúde. Tal conceito de telessaúde é amplo e estruturado (Silva, 2022, p. 283).

Isso posto, possibilita maior acesso a este serviço para uma parcela da população que, de outra forma, não teria esse acesso devido a vários fatores que restringem esse direito aos cuidados com a saúde. No Brasil, a telessaúde visa, de forma estratégica, a contribuição para a melhoria do acesso à saúde. Assim, promovendo mudanças em benefício da população, sobretudo daqueles que residem em locais de difícil acesso bem como dos que vivem em locais com déficit de profissionais de saúde. Dessa forma, infere-se que os meios utilizados na promoção da saúde, como as TICs, têm o propósito de maximizar o acesso à saúde.

Outrossim, é importante ressaltar que a atual regulamentação da telessaúde ocorreu durante o período pandêmico de Covid-19, que é: “uma infecção respiratória aguda causada pelo vírus SARS-CoV-2, que pertence à família dos coronavírus. Trata-se de um vírus de fácil transmissão e que afeta o sistema respiratório” (Guitarrara, 2023, p. 3). Assim, em um cenário que foi marcado pela pandemia de Covid-19, declarada pela OMS em 2020, a telessaúde se destacou como uma ferramenta crucial para garantir a continuidade e o acesso aos cuidados com a saúde em um contexto de isolamento social.

A Covid-19, declarada pandemia pela OMS desde março de 2020, é uma doença com manifestações predominantemente respiratórias, altamente contagiosa, causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2). [...] as medidas preventivas constituem a principal estratégia para conter a disseminação da doença. Merecem destaque o isolamento do paciente e as medidas de controle da propagação do vírus na população, dentre essas, o distanciamento social. A telemedicina se sobressai nesse contexto, motivando os serviços de saúde a implantarem infraestrutura, processos de atendimentos e orientação remota de pacientes, bem como a implantação ou melhoria das ações de teleeducação (Simões, Oliveira e Santos, 2020, p. 104).

Dessarte, a regulamentação da telessaúde, de acordo com Sarlet e Sarlet (2023), antes do período pandêmico havia uma regulamentação desatualizada e, portanto, inadequada às novas possibilidades da época atual, concernente às capacidades e restrições da telessaúde. Assim, apenas em 2020, a aprovação da Lei nº 13.989/2020 marcou o início da regulamentação da telessaúde no Brasil, ainda que em caráter temporário (Brasil, 2020), que mais tarde foi inteiramente revogada pela nova lei. Nesse sentido, em dezembro de 2022, a atividade de telessaúde foi finalmente regulamentada pela lei nº 14.510/2022:

Art. 26-A. A telessaúde abrange a prestação remota de serviços relacionados a todas as profissões da área da saúde regulamentadas pelos órgãos competentes do Poder Executivo federal e obedecerá aos seguintes princípios:

I - autonomia do profissional de saúde;

II - consentimento livre e informado do paciente;

III - direito de recusa ao atendimento na modalidade telessaúde, com a garantia do atendimento presencial sempre que solicitado;

[...]

IX - responsabilidade digital.

Art. 26-B. Para fins desta Lei, considera-se telessaúde

a modalidade de prestação de serviços de saúde a distância, por meio da utilização das tecnologias da informação e da comunicação, que envolve, entre outros, a transmissão segura de dados e informações de saúde, por meio de textos, de sons, de imagens ou outras formas adequadas.

Parágrafo único. Os atos do profissional de saúde, quando praticados na modalidade telessaúde, terão validade em todo o território nacional (Brasil, 2022).

Tendo em vista os aspectos relacionado ao acesso à saúde, denota-se a relevância dos cuidados também com a saúde dos povos indígenas, na qual a tecnologia tem o potencial de assegurar este direito, segundo assevera Andreza et al (2024, p. 6):

A telessaúde emergiu como uma esperança significativa para melhorar os cuidados de saúde nas comunidades indígenas. Com a vasta diversidade geográfica e as barreiras de acesso enfrentadas por essas populações, a tecnologia permite a prestação remota de serviços médicos, conectando profissionais de saúde a pacientes em áreas remotas. Isso não apenas supera desafios logísticos, mas também fortalece a inclusão digital, proporcionando aos indígenas acesso a informações cruciais, consultas virtuais e monitoramento contínuo. A telessaúde, ao facilitar a comunicação entre profissionais e comunidades indígenas, abre portas para um cuidado mais abrangente e personalizado, promovendo assim a equidade no acesso aos serviços de saúde.

Portanto, apesar de ainda haver entraves que dificultam a ampla aplicação, expansão e uso efetivo deste serviço, que é um direito fundamental e pode ser ofertado por meio dos recursos tecnológicos disponíveis para a população que, por diversos motivos, tenha dificuldades de acessar esse direito fundamental, o qual é imprescindível para uma vida digna e saudável, trata-se do acesso ao serviço de saúde para estes cuidados.

Logo, inevitavelmente as TICs estão evoluindo constantemente, conforme corroborado pelo exposto no que tange à telessaúde. Ferreira (2023, p. 17), afirma que: “é um campo em rápido crescimento na área da saúde, permitindo a prestação

de cuidados médicos à distância, por meio de tecnologias de comunicação e informação”. Assim, é possível constatar inúmeros benefícios no que se refere à utilização dos meios tecnológicos disponíveis em prol da promoção de direitos fundamentais como a saúde, que é assegurado pela nossa Constituição Federal de 1988, a qual trata do acesso aos direitos e garantias fundamentais de forma digna.

3. A EXCLUSÃO DIGITAL COMO OBSTÁCULO NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA TECNOLOGIA

Primeiramente, é possível definir a exclusão digital como; “àqueles que estão desprovidos ou têm baixos níveis de acesso às tecnologias da informação e da comunicação, as TICs, ou aos seus benefícios” (Instituto Alana, 2022, p. 1). Com o advento das TICs, constata-se que, na sociedade atual, é notória uma das características predominantes, que é a hiperconectividade, a qual possibilita a realização de inúmeras atividades, não apenas a interação com pessoas distantes, mas também facilita o acesso ao trabalho, educação, lazer, entre outras várias possibilidades (Siqueira, Moreira e Vieira, 2023). Não obstante, destacam-se as consequências sofridas pelos indivíduos excluídos digitalmente, devido às dificuldades em exercer plenamente sua cidadania:

[...] a informação digital é parte fundamental do cotidiano formal e informal. Entretanto, os níveis de exclusão digital são alarmantes, contribuindo para a acentuação das desigualdades sociais, que interferem diretamente no exercício pleno da cidadania, gerando consequências impactantes, nos aspectos sociais, políticos, econômicos, educacionais e outros (Picazio, Sanches e Júnior, 2023, p. 215.).

Nesse contexto, é notório que o exercício da cidadania significa usufruir das benesses no que se refere aos direitos fundamentais preceituado pela nossa CF. Dessa forma, os referidos autores questionam: “a exclusão digital é uma realidade gritante, qual o papel do Estado, no que se refere à criação de políticas públicas que contemplem o exercício pleno da cidadania?” (Picazio; Sanches; Júnior, 2023, p. 215).

Diante do exposto, o questionamento anterior ganha ainda mais relevância ao evidenciar a necessidade e importância do investimento público no combate à desigualdade social, fenômeno que contribui para vários entraves na sociedade, sobretudo decorrentes da segregação digital.

Seguindo essa análise, no contexto do período pandêmico de Covid-19, foi instituído o auxílio emergencial por meio do Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020 (BRASIL, 2020), o qual teve o propósito de beneficiar os indivíduos mais vulneráveis na conjuntura de crise econômica causada pela pandemia de Covid-19.

Dessa forma, o Governo objetivava dirimir os efeitos negativos da crise econômica, sobretudo para os mais afetados, bem como os hipossuficientes. Assim, a fissura digital foi uma barreira para uma camada da população em decorrência da indisponibilidade de determinados recursos tecnológicos que eram requisitos para terem acesso a este benefício social, tais como a falta de smartphones e internet.

Nesse contexto, a exclusão digital dificultou que muitos indivíduos em situação de vulnerabilidade tivessem acesso ao auxílio emergencial durante a pandemia de Covid-19. Entre vários fatores, é possível destacar a falta de habilidade com dispositivos digitais, o acesso limitado à internet e a ausência de smartphones. Esses foram apenas alguns dos desafios encontrados, evidenciando a vulnerabilidade no meio digital de determinados grupos sociais (Gonzalez, 2021).

Logo, parte da população afetada pela então crise econômica em decorrência da pandemia de Covid-19 precisou do auxílio emergencial, mas enfrentou grandes dificuldades devido a esta barreira tecnológica, inviabilizando o acesso aos direitos fundamentais como alimentação, moradia, saúde, etc. Ou seja, a falta de acesso a esses recursos tecnológicos significou grave violação dos direitos fundamentais para esta parcela da população (Moura et al., 2020).

Por fim, conclui-se que, diante do exposto, em que cada vez mais os serviços ofertados pelo Estado passam a ser de forma digitais, evidencia-se a necessidade de também incluir os indivíduos que estão à margem dessa nova realidade, para que,

dessa forma, possam acessar os mesmos benefícios concedidos pelo Estado.

3.1 As principais estratégias para combater a Exclusão Digital

Em uma análise inicial, é possível pontuar que a desigualdade social se apresenta como um dos principais fatores que corroboram para a exclusão digital, exigindo medidas urgentes para enfrentar a desigualdade em nosso país (Lebioda, Cabral e Tezza, 2019). Na atual sociedade da informação, a exclusão social e a exclusão digital se retroalimentam como um ciclo vicioso, sendo facetas da mesma moeda. Indivíduos sem acesso à internet e dispositivos tecnológicos lutam para encontrar bons empregos, ficando presos no subemprego ou desemprego, com salários baixos, perpetuando assim a pobreza (Gomes, 2023).

Assim, com relação a marginalização digital: “a desigualdade social favorece a exclusão digital e, esta por sua vez reforça a desigualdade social, é preciso uma nova postura e um novo olhar por parte do governo para diminuir o quadro perverso da desigualdade brasileira.” (Grossi, Costa e Santos, 2013, p. 71).

Desse modo, é imperioso destacar que a exclusão digital deve ser combatida da mesma forma como se trabalha para reduzir o analfabetismo e a evasão social. É um problema tão grave quanto estes. Nessa esteira, também é possível afirmar que esse entrave deve ser enfrentado por meio de políticas públicas, pois as TICs são cada vez mais essenciais para o acesso a direitos fundamentais, como saúde e educação. Além do mais, é imprescindível que os “governos municipais, estaduais e federal devem ter em suas agendas a elaboração de políticas públicas de inclusão digital” (Muniz et al., 2021, p. 703). Em relação ao exposto:

[...] Temos que apoiar e incentivar, mais do que nunca, projetos e políticas para a inclusão digital ampla de grupos vulneráveis. Principalmente em um mundo tomado por inovações relacionadas a mudanças estruturais na sociedade provocadas pela inteligência artificial. Alfabetização digital, conexão e oferta de tecnologias de qualidade são fundamentais para garantir a cidadania, os direitos básicos e reduzir os riscos e prejuízos da exclusão digital no lazer, na

saúde, educação e em outras áreas das nossas vidas (Torniero, 2023, p.3)

Sob tal perspectiva, reforçando a presente análise, é necessário tratar a inclusão digital como um direito fundamental. Ademais, é fundamental garantir tanto o acesso às tecnologias quanto a infraestrutura adequada para tal (Muniz et al., 2021). À vista disso, Tavares e Vieira explanam acerca do exercício da cidadania, argumentando sobre a disponibilidade dos meios tecnológicos para a efetivação desse direito:

[...] a tecnologia associada à cidadania participativa, naquilo que se pode denominar de cidadania participativa digital, ao lado dos mecanismos tradicionais, quando pensada em conjunto com os fatores de inclusão digital, confere ampliação e não diminuição dos espaços para a participação e o exercício da cidadania (Tavares e Vieira, 2020, p. 295).

Dessa maneira, compreende-se que a tecnologia não só mantém, mas também aumenta as oportunidades para que as pessoas se envolvam ativamente na sociedade e exerçam plenamente sua cidadania.

Ademais, a escola também tem um papel crucial na formação dos futuros cidadãos em um ambiente digital, preparando as novas gerações para navegar com segurança e responsabilidade no mundo online, através do incentivo ao uso de boas práticas das ferramentas tecnológicas. Além disso, a escola, mas não somente ela, pode contribuir incentivando a promoção da cidadania digital, pois além de trabalhar acerca da inclusão digital, isso tem o condão de corroborar para a exposição dessa relevância no que desrespeita o combate à exclusão digital (Costa e Gonçalves Neto, 2023).

Outrossim, para implementar medidas de inclusão digital, é necessário, além do combate à desigualdade social, considerar a perspectiva de Muniz et al., (2021). Segundo o autor, a inclusão digital depende da influência de cinco fatores fundamentais no combate à exclusão digital: a existência de infraestruturas físicas de transmissão; a disponibilidade de equipamentos com conexão de acesso; a

capacitação necessária para a utilização de serviços específicos no meio digital; a inserção social do usuário; e, por fim, a produção e fruição de conteúdos apropriáveis e significativos para os distintos grupos sociais.

Assim, para promover o acesso à informação e ao conhecimento através das TICs e fomentar a cidadania participativa digital, é necessário ampliar e criar políticas públicas que combatam as desigualdades sociais. Além disso, é preciso desenvolver mecanismos que incluam digitalmente aqueles excluídos por razões culturais, étnicas, geracionais, técnicas ou geográficas (Tavares e Vieira, 2020). Nesse sentido, é necessária uma atuação estatal forte por meio de políticas públicas para combater a exclusão digital, devido às graves consequências que ela pode causar, especialmente o aumento do número de brasileiros excluídos. No entanto, é necessário considerar a perspectiva que:

Superar a exclusão digital não se resume simplesmente a dar um computador e uma conexão de internet a cada cidadão. Os componentes não- tecnológicos do problema (atitudes, conhecimento, educação) são tão ou mais importantes quanto os componentes tecnológicos (equipamentos, conectividade). Na construção de uma efetiva política para a questão devem ser analisadas propostas que compreendam o desenvolvimento do capital humano integrado à tecnologia da informação (Gomes, 2023, p.12).

Desse modo, é possível afirmar que não existe somente uma única forma de solucionar a problemática da exclusão digital. De acordo com o que foi explanado, há diversas formas, mecanismos e caminhos que podem contribuir para um cenário de maior possibilidade de inclusão. Dessa forma, nota-se que toda medida de inclusão digital contribui, de alguma forma, para melhorar a vida das pessoas, fortalecendo o acesso aos direitos fundamentais que, hodiernamente, estão cada vez mais digitalizados (Tavares e Vieira, 2020).

Portanto, diante do exposto, é possível concluir que o combater a exclusão digital equivale a combater a exclusão social, pois ambos os entraves se configuram como efeito e consequência de um mesmo fenômeno. Ressalta-se que

a inclusão digital vai além do mero acesso às TICs, envolvendo o acesso igualitário aos mesmos direitos, o que contribui para uma sociedade mais equitativa e inclusiva.

5. CONCLUSÃO

No curso da investigação sobre o tema proposto, foi feita uma análise do contexto histórico e social, a despeito da evolução tecnológica, em conjunto com a análise dos direitos e garantias fundamentais, integrando estes elementos ao presente trabalho. Esta pesquisa permitiu, além disso, verificar que tanto as tecnologias quanto a Inteligência Artificial podem impactar diversas áreas, promovendo tanto inúmeros benefícios quanto danos. Entre os danos aos cidadãos verificou-se o desrespeito à privacidade e a exclusão digital, mostrando-se um possível entrave aos direitos fundamentais.

Nesse ínterim, percebeu-se que a exclusão digital gera diversos impactos negativos, como a restrição ao acesso à informação, à educação, ao trabalho e aos serviços públicos, além de outros problemas. Depreende-se, portanto, que a exclusão digital limita o exercício da cidadania e a participação política dos indivíduos excluídos.

Na balança entre benefícios ou potenciais prejuízos aos direitos fundamentais, esta pesquisa também permitiu constatar que podem existir múltiplas soluções para combater essa problemática referente à exclusão digital. Assim, a pesquisa procurou demonstrar a relevância do tema proposto para o exercício pleno da cidadania na era digital.

Ademais, constatou-se a relevância dos benefícios da tecnologia e das TICs no que concerne ser um meio facilitador no acesso aos direitos fundamentais, os quais podem ser promovidos em prol do exercício da cidadania. Assim, a utilização da tecnologia tem a possibilidade de ampliar, promover e efetivar meios de acesso aos direitos básicos e fundamentais, possibilitando, dessa forma, inúmeros benefícios,

como permitir que indivíduos que residem em locais isolados ou de difícil acesso tenham a possibilidade de acessar serviços de saúde, educação, entre vários outros direitos. Além disso, as TICs possibilitam que pessoas com alguma deficiência possam ter mais acessibilidade tanto no meio social quanto no acesso digno ao exercício de seus direitos. Portanto, constatou-se que a tecnologia em prol dos indivíduos é um dos meios eficazes de garantir acesso aos direitos fundamentais.

Por fim, cabe salientar que o presente trabalho não pretende esgotar todas as possibilidades referentes à pesquisa no que tange à interferência, seja ela positiva ou negativa, da tecnologia nos direitos e garantias fundamentais, bem como aos entraves causados pelos efeitos da exclusão digital. Ao contrário, tem como finalidade contribuir para futuras pesquisas envolvendo esta temática, a fim de realizar contribuições nesse campo de estudo. Dessa forma, colaborando para futuras pesquisas envolvendo esta ciência em prol da busca por melhorias na acessibilidade aos direitos fundamentais por meio da tecnologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADOLFO, Luiz et al. **Direitos fundamentais na sociedade da informação**.

Florianópolis: Gedai, 2012. E-book (228 p.). ISBN: 978-85-66079-04-3.

Disponível em:

<https://www.gedai.com.br/wpcontent/uploads/2014/07/Livro_DIREITOSFUNDAMENTAISNA SOCIEDADE DA INFORMA%C3%A7%C3%A3O-1.pdf>.

Acesso em: 1 dez. 2024.

ANDREZA, Marli Nascimento dos Santos et al. Implantação da telessaúde indígena no Brasil. **Contribuciones a Las Ciencias Sociales**, São José dos Pinhais, v.17, n.4, p. 01-21, 16 abr. 2024. Disponível em:

<<https://doi.org/10.55905/revconv.17n.4-127>>. Acesso em: 6 dez. 2024.

BERTAZO, Roberto. Direito e tecnologia: a diferença oceânica existente entre os avanços tecnológicos e a regulamentação jurídica. **Migalhas**. 9 nov. 2018.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/290669/direito-e-tecnologia--a-diferenca-oceanica-existente-entre-os-avancos-tecnologicos-e-a-regulamentacao-juridica>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,

DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 dez. 2024.

BRASIL. Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19)**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.316%2C%20DE%207,coronav%C3%ADrus%20\(covid%2D19\).](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.316%2C%20DE%207,coronav%C3%ADrus%20(covid%2D19).>)>. Acesso em: 1 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 7 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. **Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13989.htm>. Acesso em: 5 dez. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.510, de 27 de dezembro de 2022. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo o território nacional, e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14510.htm>. Acesso em: 5 dez. 2024.

CATALIOTTI, Joseph. History of Technology Overview, Timeline & Evolution. **Study.com**. 21 nov. 2023. Disponível em: <[https://study.com/learn/lesson/technology-history-timeline.html#:~:text=When%20did%20the%20history%20of,then%2C%20technolog y%20has%20exponentially%20evolved.](https://study.com/learn/lesson/technology-history-timeline.html#:~:text=When%20did%20the%20history%20of,then%2C%20technolog y%20has%20exponentially%20evolved.>)>. Acesso em: 3 dez. 2024.

CELES, Rafaela Santana et al. A telessaúde como estratégia de resposta do Estado: revisão sistemática. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 42, p. 1-8, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/rpsp/2018.v42/e84/pt>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

COSTA, Caroline Levergger; GONÇALVES NETO, João da Cruz. Em busca da cidadania digital brasileira: análise das políticas públicas federais para o enfrentamento à exclusão digital. **Revista Argumenta**, n. 39, p. 377-395, 2023.

FERREIRA, Edinaldo. Legislação e a telemedicina: abordagem dos desafios jurídicos na prestação de cuidados da saúde à distância. **Global Dialogue**, v. 6, n. 3, p. 16-29, 19 dez. 2023. Disponível em: <<https://gdialogue.org/index.php/journals/article/view/153>>. Acesso em: 6 dez. 2024.

FINKELSTEIN, Maria; FINKELSTEIN, Claudio. PRIVACIDADE e LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 23, n. 9, p. 284-301. 29 ago. 2019. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5343/4545>>. Acesso em: 4 dez. 2024.

FONTOURA, Paula Renata. Alan Turing, o pai da computação. **invivo**. 2 dez. 2021. Disponível em: <<https://www.invivo.fiocruz.br/historia/alan-turing-o-pai-da-computacao/>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

GOMES, Camila Paula de Barros. A exclusão digital como forma de violação dos direitos humanos. **Revista Sapiência: Sociedade, Saberes e Práticas Educacionais**. v.12, n. 4, p. 337-350, 21 nov. 2023. Disponível em: <<https://www.revista.ueg.br/index.php/sapiencia/article/view/14682>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

GRANATYR, Jones. **Teste de Turing**. IA Expert Academy. 19 jul. 2016. Disponível em: <<https://iaexpert.academy/2016/07/19/historico-da-ia-teste-de-turing/>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

GRASSELLI, Camila Fardin. O impacto da tecnologia nas relações sociais e familiares. **O Tempo**. 30 ago. 2023. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/opinio/artigos/o-impacto-da-tecnologia-nas-relacoes-sociais-e-familiares-1.3223837>>. Acesso em: 2 dez. 2024.

GROSSI, Márcia Gorett Ribeiro; COSTA, José Wilson da; SANTOS, Ademir José dos. A exclusão digital: o reflexo da desigualdade social no Brasil. **Nuances: Estudos sobre Educação**. v. 24, n. 2, p. 68-85, 23 ago. 2013. Disponível em: <<https://revista.fct.unesp.br/index.php/Nuances/article/view/2480>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

GUITARRARA, Paloma. Pandemia de covid-19. **Brasil Escola**. 2023. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/pandemia-de-covid-19.htm>>. Acesso em: 3 dez. 2024.

INSTITUTO Alana. Exclusão digital. **Instituto Alana**. 2023. Disponível em: <<https://alana.org.br/glossario/exclusaodigital/#:~:text=O%20termo%20exclus%C3%A3o%20digital%20diz,TICs%2C%20ou%20aos%20seus%20benef%C3%ADcios>>. Acesso em: 1 dez 2024.

LASKOWSKI, Nicole; TUCCI, Linda. What is Artificial Intelligence and How Does AI Work?. **TechTarget**. Nov. 2023. Disponível em: <<https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/definition/AI-Artificial-Intelligence>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

LEBIODA, Laleska; CABRAL, Gabriela Ostrovski; TEZZA, Rafael. A Homogeneidade da Inclusão Digital no Brasil: Sonho ou Realidade?. **Revista Informação na Sociedade Contemporânea**. Natal, v. 3, p. 1-18, 30 dez. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/informacao/article/view/19118>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

LE MOS, Amanda. Como surgiu a inteligência artificial?. **Exame**. 27 jul. 2023. Disponível em: <<https://exame.com/inteligencia-artificial/como-surgiu-a-inteligencia-artificial/>>. Acesso em: 8 mar. 2024.

LYKIARDOPOULOU, Ioanna. What Greek myths can teach us about the dangers of AI. **The Next Web**. 30 jan. 2023. Disponível em: <<https://thenextweb.com/news/what-greek-myths-can-teach-about-dangers-of-ai>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, p. 1-12, 15 nov. 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00155615>>. Acesso em: 2 dez. 2024.

MUNIZ, Cátia Regina et al. Uma análise sobre exclusão digital durante a pandemia de covid-19 no brasil: quem tem direito às cidades inteligentes?. **Revista de Direito da Cidade**. vol. 13, n. 2. p. 700-728, 26 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/article/view/54909>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

PICAZIO, Joseph Rodrigo Amorim; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; JÚNIOR, Irineu Barreto. A exclusão digital na sociedade da informação e o exercício da cidadania. **Revista Direito & Paz**, v. 1 n. 46, p. 215-233, 29 jan. 2023. Disponível em: <<https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1648>>. Acesso em: 4 dez. 2024.

ROQUE, André. A tutela coletiva dos dados pessoais na lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 01-19, 2 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/42138/30270>>. Acesso em: 3 dez. 2024.

SABBATINI, Renato Marcos Endrizzi. A Telemedicina no Brasil: Evolução e Perspectivas. **Google Acadêmico**. 2012. Disponível em:

<https://www.sabbatini.com/renato/papers/Telemedicina_Brasil_Evolucao_Perspectivas.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2024.

SCHULMAN, Gabriel; CAVET, Caroline Amadori. Repercussões da telemedicina na reparação de danos por violação de dados pessoais. **Pensar Acadêmico**. Manhuaçu, v. 19, n. 3, p. 875-899, 30 set. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.21576/pa.2021v19i3.2541>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. Malheiros Meditadores, 2022.

SIMÕES, Sílvia de Magalhães; OLIVEIRA, Adicinéia; SANTOS, Mario Adriano dos. Telemedicina na pandemia COVID-19. **Revista Interdisciplinar de Pesquisa e Inovação**, v. 7, n. 2, p. 104-109, 11 ago. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufs.br/revipi/article/view/14220/10812>>. Acesso em: 5 dez. 2024.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MOREIRA, Mayume Caires; VIEIRA, Ana Elisa Silva Fernandes. As pessoas e grupos em exclusão digital: os prejuízos ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Culturais**, v. 18, n. 45, p. 3-17, 7 set. 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.31512/rdc.v18i45.1129>>. Acesso em: 1 dez. 2024.

TAVARES, André Afonso; VIEIRA, Reginaldo de Souza. A exclusão digital e a cidadania participativa na sociedade em rede. **Revista Jurídica Meritum**, Belo Horizonte, v. 15, n. 4, p. 283-299, 15 set. 2021. Disponível em: <<http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/8065>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

TIANA FERRER, Alejandro. “Brecha digital, brecha social”, in: *Revista Escritura pública*, ISSN 1695-6508, N°. 124, 2020 (Ejemplar dedicado a: Brecha en la enseñanza "online"), págs. 11-11. Acesso: 20 dez. 2024. Disponível em: <https://escriturapublica.es/brecha-digital-brecha-social-por-alejandro-tiana-ferrer/>

TORNIERO, Gustavo. Dados sobre exclusão digital evidenciam desafios para grupos vulneráveis. **Terra, Redação Byte**. 15 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/byte/opiniao/gustavo-torniero/dados-sobre-exclusao-digital-evidenciam-desafios-para-grupos-vulneraveis,da58f4afff4185bf72eee7f8ee5c4791o3jsa448.html>>. Acesso em: 9 dez. 2024.

VASCONCELOS, Juliana. A importância do desenvolvimento tecnológico na evolução humana. **OW Interactive**. 23 dez. 2020. Disponível em: <<https://owinteractive.com/blog/curiosidades/a-evolucao-historica-da-tecnologia>>. Acesso em: 20 nov. 2024.

VIEIRA, Waleska Duque Estrada. A privacidade no ambiente cibernético: direito fundamental do usuário. **Revista da ESMESC**, v. 24, n. 30, p. 197-217, 14 dez. 2017. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/167/141>>. Acesso em: 8 dez. 2024.

REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL, PRIVACIDADE E ACESSO À PRODUÇÃO INTELECTUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como o Direito tenta equilibrar interesses que aparentam conflito entre
normas

Fábio da Silva Veiga¹

Universidade Lusófona do Porto

Anna Flávia Azevedo²

Universidade Lusófona do Porto

DOI: <https://doi.org/10.62140/FVAA8202025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução histórica do ordenamento geral; 3. O aparente conflito entre normas; 4. Privacidade no mundo digital; 5. Conclusões.

Resumo: Este artigo apresenta um breve histórico sobre o ordenamento internacional em relação ao tema da propriedade intelectual e direitos do autor. Desde a criação de diferentes leis em diferentes países, para depois se chegar a convenções internacionais, e posteriormente ao sistema atual, que pretende uma unificação para garantia internacional dos Direitos do Autor e de seus ganhos econômicos. Num segundo momento, aborda o conflito aparente entre as garantias à propriedade e o direito fundamental de acesso à produção intelectual, cultural, literária e científica. E

¹ Professor de Direito Empresarial na Universidade Lusófona - Portugal - para cursos de licenciatura, mestrado e doutoramento. Doutoramento em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo, Espanha. Investigador do CEAD - Centro de Estudos Avançados em Direito, Portugal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9986-7813> . Correio eletrónico: fabio.veiga@ulusofona.pt

² Mestranda em Ciências Jurídico-Empresariais na Universidade Lusófona - Centro Universitário do Porto, Portugal. Graduada em Direito no Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2890-1764>
Correio eletrónico: adv.annazevedo@gmail.com

ainda dos riscos inerentes ao direito à privacidade, tanto dos criadores e autores, quanto dos que consomem e acessam a produção por meio da *internet* e dos meios digitais. Por conta de sua inerente rastreabilidade e facilidade de identificação, que no contexto atual de difusão dos meios eletrônicos e de acesso à rede mundial de computadores, pode representar uma ameaça ou a garantia do exercício da liberdade individual, do direito ao anonimato e ou ao exercício ao acesso à produção intelectual.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual; Acesso; Digital; Privacidade.

Abstract: This article presents a brief history of the international system in relation to intellectual property and authors' rights. From the creation of different laws in different countries, to international conventions, and then to the current system, which aims to achieve a unified international guarantee of copyright and its economic gains. Secondly, it addresses the apparent conflict between guarantees of property and the fundamental right of access to intellectual, cultural, literary, and scientific production. It also looks at the risks inherent in the right to privacy, both for creators and authors, and for those who consume and access production via the internet and digital media. Because of its inherent traceability and ease of identification, which in the current context of the spread of electronic media and access to the world wide web, can represent a threat or a guarantee to the exercise of individual freedom, the right to anonymity and the exercise of access to intellectual production.

Keywords: Intellectual Property; Access; Digital; Privacy.

1. INTRODUÇÃO

Por meio da aplicação do método hipotético-dedutivo, que se concretiza com base em uma revisão abrangente de literatura e normas, o objetivo principal deste estudo é o de investigar as possíveis abordagens pelas quais o sistema internacional pode concretizar a finalidade de garantir o direito à ciência e à cultura, o direito à propriedade intelectual e o direito à privacidade, concomitantemente. Essas abordagens incluem: a elaboração de instrumentos internacionais que

estabeleçam limites e exceções, a construção de uma jurisprudência internacional relacionada aos princípios e objetivos desse sistema e o estímulo à litigância doméstica para estabelecer parâmetros de aplicação desses direitos a nível nacional.

Importante estabelecer cronologicamente a evolução histórica do ordenamento internacional e as diferenças, em termos de legislação criada, entre as nações. Dentro dessa perspectiva, como a União dessas diferentes legislações culminou no que temos hoje em matéria jurídica de regulamentação.

Num segundo momento, procura-se esclarecer o aparente conflito entre a regulação e as garantias pretendidas, dentro de conceitos de privacidade, disponibilidade digital e Direitos Fundamentais dos cidadãos. Procura este estudo, esclarecer onde todos esses pontos se unem e se conversam.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ORDENAMENTO GERAL

A formação do pensamento jurídico em cada país, ou, a forma como cada um dos Estados deveria organizar suas estratégias e mecanismos para concretizar, ao mesmo tempo, o acesso às informações e a produção científica e cultural, e garantir que a legislação protegesse os responsáveis pela sua produção, diferiu enormemente.

Não havia, uma categorização clara das diferentes modalidades de bens imateriais, o que viria a ser desenvolvido no futuro com a criação de um gênero (propriedade intelectual) que abarcasse duas espécies (direitos de autor e propriedade industrial), das quais novas subespécies seriam derivadas (direitos conexos, patentes, desenho industrial, marcas etc.). (Martins & Barza, 2024)

Especificamente quanto às obras artísticas, científicas e literárias, o continente europeu, a fins do século XVIII, contava com pelo menos dois grandes modelos de proteção: os direitos de autor (*droit d'auteur*), amplamente difundidos na Europa continental e tendo como principal referência a França, e as diversas leis ali promulgadas a partir da Lei Chénier (1783), e o *copyright*, desenvolvido no Reino

Unido, tendo por referência o que costuma se classificar como a primeira e possivelmente mais influente lei sobre o tema, o Estatuto da Rainha Ana³ (1710), e difundido pelo Império Britânico e antigas colônias, como os Estados Unidos, que adotou sua própria lei, o *Copyright Act*, em 1790. (Martins & Barza, 2024)

Ratificada em 1887 por um pequeno grupo de países europeus, entre os quais França, Alemanha e Reino Unido, a Convenção de Berna⁴, assim como a Convenção de Paris⁵ antes dela, inaugurou um modelo internacional de proteção aos direitos de autor, pautado em princípios territoriais e, portanto, de direito internacional privado, os quais definiriam as futuras normativas sobre o tema. Desse modo, não há de se falar, nesse momento, em unificação de um direito internacional do autor, mas tão somente de um conjunto de normas que buscam a harmonização de ordenamentos jurídicos nacionais, de modo a minimizar a possibilidade de um conflito de leis no espaço. (Martins & Barza, 2024)

De ambas as Convenções se originaram Uniões, que constituem organismos internacionais nos quais se depositaram os tratados e aos quais foi garantida autoridade para fiscalizar a aplicação de seus termos. Por essa razão, esse sistema é conhecido como Sistema Unionista⁶. Essas Uniões, posteriormente se fundiram na

³ Esta lei disciplinava a concessão de patentes de impressão e direito de cópia por um determinado período, após o qual a obra cairia em domínio público. Tratava-se de grande inovação jurídica, uma vez que o privilégio dos editores era antes entendido como perpétuo. (de Assis, 2010). Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leona-rdo_zanini.html Consultado em 16 de dezembro de 2024.

⁴ A Convenção de Berna foi realizada em 1886 em Berna, na Suíça. O tratado afirma que, se o direito de autor existe num desses países, então este é válido também em todos os países que façam parte da Convenção de Berna. No momento, existem 181 países signatários de cerca de 192 países no mundo de hoje. Segundo web page copywrite house. Disponível em <https://pt.copyrighthouse.org/paises-convencao-de-berna> consultado em 26 de dezembro de 2024.

⁵ A Convenção de Paris para a proteção de Propriedade Industrial de 20 de março de 1883, estabeleceu um padrão comum para a proteção de Propriedade Industrial entre os seus membros. Os direitos de prioridade implementados com este tratado permitem que requerentes de pedido de patente, marca ou desenho industrial numa jurisdição façam o mesmo pedido noutra, beneficiando da data do pedido original. A Reivindicação de Prioridade de Paris é crucial para patentes e desenhos industriais, já que um dos requisitos de concessão é a novidade absoluta. Texto disponível em <https://dejri.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec73-1978.pdf> consultado em 26 de dezembro de 2024.

⁶ OMPI. Guia da convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas: acta de Paris, 1971. Genebra, 1980. Disponível em: https://tind.wipo.int/record/40446/files/wipo_pub_615.pdf. Acesso em: 17 dez. 2024.

forma dos Escritórios Unificados Internacionais para a Proteção da Propriedade Industrial, Literária e Artística (*Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*, BIRPI), órgão que no futuro se converteria na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), atualmente uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU). O texto da Convenção de Berna, cujo objeto são os direitos derivados da autoria de obras artísticas, científicas e literárias, se encontra constituída sobre a base fundamental de três princípios básicos: o Princípio do Tratamento Nacional, o Princípio da Proteção Automática e o Princípio da Independência da Proteção⁷. (Martins & Barza, 2024)

Além disso, paralelamente às mudanças que ocorriam na Europa, o continente americano também desenvolvia um sistema regional próprio de harmonização de regras de direitos de autor, seguindo a tendência da Convenção de Berna. Denominado Sistema Interamericano pela doutrina, esse sistema engloba tratados que vão desde o Acordo de Montevidéu⁸ (1889) até a Convenção de Washington⁹ (1965), diferenciando-se do Sistema Unionista, entre outras razões, pela não consagração do Princípio do Tratamento Nacional¹⁰.

Esse período transicional esteve marcado por uma forte inclusão do tema de proteção aos direitos de autor, bem como demais direitos de propriedade intelectual, nas negociações comerciais internacionais. Desse modo, novas discussões originadas no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), as quais

⁷ OMPI. Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. WIPO, 1886. Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Acesso em: 05 dez. 2024

⁸ *Law No. 2.267 of 1 October 1892, approving the Montevideo Treaty on Literary and Artistic Property of 1889*, Uruguay. Disponível em <https://www.wipo.int/wipolex/en/legislation/details/3967> consultado em 26 de dezembro de 2024.

⁹ Convenção para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, também conhecida como Convenção de Washington. Texto integral em português disponível em https://www.institutodearbitragemcomercial.pt/wp-content/uploads/2016/02/Convencao_de_Washington.pdf consultado em 26 de dezembro de 2024.

¹⁰ O princípio do tratamento nacional prevê que cada país membro trata os serviços de outro país membro de forma não menos favorável do que os seus próprios produtos nacionais, nas condições e limites referidos nas listas de compromissos específicos. Os países não podem aplicar medidas discriminatórias em benefício dos serviços nacionais ou dos prestadores de serviços. Segundo página web da comissão europeia, disponível em <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/pt/content/servicos-conceitos-principais> consultado em 26 de dezembro de 2024.

resultariam, posteriormente, na criação da Organização Mundial de Comércio (OMC) na Rodada do Uruguai (1994), tiveram por consequência também a criação do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), inaugurando uma nova fase do sistema internacional de proteção aos direitos de autor. (Martins & Barza, 2024)

Neste mesmo contexto, as instituições e organizações internacionais (OIs ou IIs) seriam, elas próprias, uma resposta aos interesses dos Estados. Atuariam como instrumento a processar tais interesses, por meio da facilitação de interações estratégicas. Nesse sentido, podem ser entendidas como ferramentas derivadas do comportamento maximizador dos Estados, responsáveis por produzir soluções para problemas de coordenação política e problemas distributivos. Especificamente, lidam com e respondem por, problemas relacionados à incompletude de informações, custos elevados de transações e outros dilemas típicos da ação coletiva. Ainda, as OIs provinham as condições para a satisfação dos interesses dos Estados, ao termo que criam condições para minorar os riscos e dilemas inerentes à ação cooperativa, promovem previsibilidade e estímulos às ações adequadas por parte dos Estados e criam mecanismos de punição a ações desviantes. Em termos gerais, as OIs seriam parte elementar, operacional e prática, de uma ordem social estabelecida pelos Estados para a realização de seus interesses particulares, por meio da criação de normas gerais de comportamento e bens coletivos. (Menezes & Falcão, 2020)

Desde o século XIX até os dias atuais, a OMPI se consolidou como uma burocracia forte, ao administrar uma área do direito e da economia política altamente complexa e demandante de um nível de *expertise* elevado para o pleno entendimento das consequências econômicas das decisões normativas. Contemporaneamente, as mudanças tecnológicas que levaram a novas descobertas científicas e a constituição de novas áreas de conhecimento e produção¹¹impulsionaram o aprofundamento da

¹¹ As descobertas e avanços na biotecnologia e *life sciences*, junto das pesquisas sobre genoma, além das novas tecnologias da eletrônica, bioengenharia, nanotecnologia e a economia da internet, são revoluções significativas do século XX que, além de permitir a criação de novos bens e produtos, levou à definição de campos da produção com potencial inovador ainda incalculável (MUSUNGU, 2005).

relação entre empresas, institutos de pesquisa e investidores, assim como levaram ao aumento da procura por mecanismos de apropriação privada sobre o conhecimento. Por sua vez, houve também uma multiplicação das formas de proteção ao conhecimento para além dos mecanismos tradicionais (patentes, marcas e direitos autorais¹²). (Menezes & Falcão, 2020)

Ao mesmo tempo, a OMPI foi espaço institucional para negociação de acordos suplementares ao TRIPS em áreas de grande complexidade e marcadas por debates políticos e controversas profundas.

As chamadas “Agenda Digital” e a “Agenda de Patentes” são exemplos marcantes do papel normativo da OMPI em setores de alta intensidade tecnológica e complexidade normativa¹³. Como resultado, a OMPI se fortaleceu como uma burocracia com poder razoável em virtude de sua autoridade de lidar com matéria complexa, como são os direitos de PI (Propriedade Industrial). O controle sobre um amplo conjunto de informações, assim como a capacidade de administrar e controlar uma agenda de negociações com grande potencial econômico, conferiram à organização um poder típico das burocracias – poder proveniente da sua legitimidade racional-legal. Nesse sentido, além da própria autoridade burocrática constituída por mais de um século, a OMPI exerce autoridade por lidar com uma matéria que exige uma ampla *expertise* técnica. Somente o controle sobre o universo de informações referente às diversas modalidades, tipos e formas de proteção à PI já conferiria à OMPI um poder considerável sobre os países, especialmente os de menor renda

¹² O TRIPS estabeleceu a proteção a indicações geográficas, desenhos industriais e topografia de circuitos integrados, além de garantir algum tipo de proteção sobre novas variedades vegetais. As negociações dos chamados acordos TRIPS-plus levaram à criação de novas formas, ainda mais complexas, de proteção à PI não previstas nos principais acordos multilaterais. A proteção a dados de prova, proteção a seres vivos, proteção a métodos de negócios e etc. são novidades normativas comuns em acordos TRIPS-plus.

¹³ A Agenda Digital englobou a negociação de dois tratados internacionais, o *WIPO Copyright Treaty* (WCT) e o *WIPO Performances and Phonograms Treaty* (WPPT). O *Beijing Treaty on Audiovisual Performances*, aprovado em 2012, mesmo não inserido dentro da chamada *Digital Agenda*, regulamentou a PI de artistas em *performances* audiovisuais. Já a Agenda de Patentes tratou de demandas relacionadas à do *Patent Cooperation Treaty* (PCT), a ratificação do *Patent Law Treaty* (PLT) e negociação do *Substantive Patent Law Treaty* (SPLT). Ver o documento WIPO A/36/14. Disponível em <https://www.business-europe.eu/sites/buseur/files/media/imported/2002-03931-E.pdf> Consultado em 14 de dezembro de 2024.

relativa. Entretanto, seu exercício de poder extrapola essa dimensão. (Menezes & Falcão, 2020)

Em síntese, a OMPI se caracteriza como uma organização dotada de poder e autoridade típica das burocracias. Especificamente, uma burocracia que lida com uma matéria de alta complexidade e de difícil controle por parte de governos, especialmente aqueles com limitações orçamentárias e técnicas. Ainda, a OMPI se estrutura sob um corpo burocrático-administrativo peculiar, o que lhe garante certa autonomia diante de seus Estados-membros: seu mecanismo de governança fortemente ligado à secretaria executiva e seu peculiar mecanismo de financiamento. (Menezes & Falcão, 2020)

Por este motivo, a OMPI se constitui hoje como principal fonte internacional de normas e de jurisprudência, podendo muitas vezes pautar decisões de órgãos e tribunais internacionais nas suas análises e decisões. Ocupa lugar de enorme relevância no cenário internacional por deter e acumular conhecimento ao longo de anos de funcionamento, e por contar com uma estrutura organizacional que permite que seus interesses não estejam ligados às grandes marcas para seu financiamento funcional.

3. O APARENTE CONFLITO ENTRE NORMAS

Tudo isto posto, em termos de conjuntura organizacional, política e econômica, cabe ao presente estudo esclarecer alguns pontos importantes de interesse ao tema. Como o Direito consegue, ou procura, dirimir questões que demonstrem conflito entre normas. Sejam estas, internacionais, ou de cada um dos Estados-membros das Convenções e, ainda, normas de Direitos Fundamentais comuns a todos os cidadãos, independentemente de sua nacionalidade, o que inclui, como é óbvio, os autores e o público em geral.

Esse é o caso do Direito à ciência e cultura (artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁴), frontalmente ameaçado por algumas das regras de proteção aos direitos de autor, as quais, ao resguardar certas garantias aos seus detentores de um lado, diminuem o potencial acesso à produção intelectual em matéria artística, científica e literária do outro. (Martins & Barza, 2024)

Salienta-se que, pese embora, a Produção Industrial e os alvos de Propriedade Intelectual muitas vezes se inclinem a produção comercial e às atividades empresariais, o espectro é muito mais amplo. Com certeza que, no que toca ao interesse geral, fala-se neste ponto em produtos comerciais, mas tais produtos também abarcam enorme quantidade de produção cultural, obras literárias e científicas que não fazem parte da discussão comercial. Resultado inerente a terem virado produtos comercializáveis.

Assim, reconhecendo-se a importância do acesso às manifestações do conhecimento humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabeleceu em seu artigo 27, o que posteriormente se convencionou denominar direito ao acesso à ciência e à cultura, bem como a garantia de proteção aos direitos de autor de natureza moral e econômica:

Artigo 27

1.Todos os seres humanos têm o direito de participar livremente na vida cultural da comunidade, de beneficiar das artes e de participar no processo científico e dos seus benefícios.

2.Todos os seres humanos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

¹⁴ Texto disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Consultado em 14 de dezembro de 2024.

Esse direito ganhou maior força ao ser incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC¹⁵), tratado multilateral de natureza vinculante, em cujo artigo 15 faz constar que:

Artigo 15

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) Participar da vida cultural;
- b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Farida Shaheed, antiga Relatora Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas no campo de direitos culturais, o define como o direito de explorar e desenvolver plenamente o potencial criativo de alguém, de se beneficiar da criatividade humana de outras pessoas e de aproveitar e desenvolver ainda mais essa criatividade de maneiras autodeterminadas e fortalecedoras¹⁶. (Geiger, 2016)

¹⁵ Texto em português no website do Ministério Público de Portugal, em português e em inglês (texto original) https://dcjr.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf. Consultado em 14 de dezembro de 2024.

¹⁶ No original: *the right to fully explore and develop one's creative potential, to benefit from the human creativity of others, and to enjoy and further develop this creativity in self-determined and empowering ways.* SHAHEED, Farida. *Introductory remarks by the Special Rapporteur*. In: GEIGER, Christophe (ed.). *Intellectual property and*

Além disso, uma outra falha do pensamento jurídico, é dar preponderância a uma visão hierárquica do direito global que replique o modelo do Estado nacional. A sociedade global é policêntrica, sendo essa aparente fragmentação legal uma mera manifestação de um fenômeno mais profundo, oriundo da colisão de racionalidades distintas, originadas nos diversos setores sociais. (Martins & Barza, 2024)

Ademais, o que grande parte da doutrina entende, e esse pensamento em parte se encontra traduzido no sistema internacional de proteção a direitos de propriedade intelectual, é que direitos de propriedade intelectual não devem ser absolutos. Haja vista o interesse social existente na divulgação do conhecimento — afinal, o conhecimento necessita ser acumulado e compartilhado para poder se multiplicar —, certas normas limitadoras são necessárias para garantir a finalidade precípua, qual seja a de estimular a difusão do conhecimento e inovação. (Martins & Barza, 2024)

Alertando para os malefícios de um sistema de proteção à propriedade intelectual excessivamente garantista, Stiglitz afirma que um regime de propriedade intelectual mal projetado - considerando os benefícios de melhores incentivos e todos os outros efeitos adversos que observamos - leva a um ritmo mais baixo de inovação; com design apropriado, o equilíbrio entre os benefícios e os custos de propriedade intelectual pode ser alterado. Mas, como observamos anteriormente, os direitos de propriedade intelectual são apenas uma maneira de incentivar e financiar P&D (pesquisa e desenvolvimento) e aprendizado. Os direitos de propriedade intelectual devem ser vistos como parte do sistema de inovação de um país e deve haver um equilíbrio entre direitos de propriedade intelectual e outras abordagens (tradução livre)¹⁷. (Stiglitz, 2015)

access to science and culture: convergence or conflict? California: Global Perspectives for the Intellectual Property System, CEIPICTSD, 2016. p. 19

¹⁷ No original: *a poorly designed IPR regime on balance — taking into account the benefits of improved incentives and all the other adverse effects we have noted—leads to a lower pace of innovation; with appropriate design, the balance between the benefits and costs of IPR can be changed. But as we noted earlier in the chapter, IPR is only one way of incentivizing and financing R & D and learning. IPR needs to be seen as part of a country's innovation system, and there needs to be a balance between IPR and other approaches.* STIGLITZ, Joseph E.; GREENWALD, Bruce C. Creating a

Nesse sentido, Shaffer argumenta que, em suma, o direito internacional representa uma importante “restrição à definição unilateral de um bem público global”. O rigor dessa restrição, entretanto, deve variar à luz do objetivo em jogo, da eficácia de uma alternativa multilateral e da possibilidade de que a medida nacional possa levar melhor em consideração suas implicações para os estrangeiros de maneira imparcial. Existem, portanto, razões convincentes para redirecionar a atenção do direito internacional público para os processos de ordenamento jurídico transnacional nos quais o direito internacional é um elemento em um processo interativo mais amplo (tradução livre)¹⁸ (Shaffer, 2012)

Diz-se que há um conflito aparente entre as normas de Propriedade Intelectual, a divulgação e o livre acesso à produção intelectual, porque se olharmos de perto a questão, torna-se menos complexo o entendimento, sob o viés não absoluto. Respeitando-se as regras, tem-se ao final as garantias presentes: de um lado reprodução não comercial do conteúdo e difusão de conhecimento, e do outro, garantias para que os autores se beneficiem de suas invenções e dos ganhos comerciais advindos de suas invenções.

4. PRIVACIDADE NO MUNDO DIGITAL

Paralelamente a esta discussão acerca dos regramentos que se aplicam a diferentes territorialidades, cumpre-se importante destacar o Direito à Privacidade.

Privacidade ou anonimato daqueles que produzem os objetos alvo, ou possíveis alvo, de Propriedade Intelectual. Principalmente no contexto de garantir a segurança e a liberdade de expressão daqueles que pretendem fazê-lo por meio de

learning society: a new approach to growth, development, and social progress. Nova York: Columbia University Press, 2015.

¹⁸ No original: *in sum, international law represents an important 'constraint on the unilateral definition of a global public good'. The stringency of this constraint, however, should vary in light of the objective at stake, the effectiveness of a multilateral alternative, and the possibility that the national measure can take better account of its implications on outsiders in an unbiased manner. There are thus compelling reasons to refocus attention from public international law to processes of transnational legal ordering in which international law is one element in a broader interactive process.* In: SHAFFER, Gregory. International law and global public goods in a legal pluralist world. The European Journal of International Law, Oxford, v. 23, n. 3, p. 669-693, out. 2012.

pseudônimos ou que se encontrem inseridos em realidades totalitárias, ou a denunciar ações ilícitas do poder vigente. E ainda, privacidade daqueles que pretendem ter acesso a produção científica, literária e cultural, mas que podem estar a sofrer algum tipo de opressão ou repressão, a depender do contexto social e geográfico em que estejam inseridos.

Essa discussão se faz necessária atualmente, porque a internet, apesar de ser tratada por muitos como sua própria bolha particular e anônima, assim não o é. O que nem sempre fica claro é pensar no mundo cibernético como um: vasto; etéreo; invisível, mas real, espaço de propriedade intelectual expressa e que desempenha sua função através da criatividade, da inovação e dos avanços da tecnologia, a exemplo do *software* e dos componentes eletrônicos que são usados todos os dias. Num mundo dominado por itens tangíveis que se podem ver, tocar, cheirar, ouvir e usar, há um outro mundo, invisível, mas impactante, onde bilhões de dólares estão em jogo para o ganho econômico, o predomínio político, o poder militar, a definição de valores e dominação cultural. (Viano, 2013)

No sentido de que há vigilância constante aos usuários e ao que eles acessam, muitas vezes sob o argumento da segurança, mas em grande escala, utilizada para monitorar a atividade e as preferências daqueles que a utilizam, para que essas informações sejam posteriormente vendidas.

A grande questão é que o Direito à Privacidade, que acabou por ganhar contornos extremamente diferentes da primeira concepção¹⁹, também passa por aqui. Pelo livre acesso à produção, como assegurado pela Carta dos Direitos Humanos e pela livre produção de conteúdo, com limitações ao que é lícito, com certeza. Sem que haja pseudo confusão entre regulamentações sobre a difusão de conteúdo, com a limitação a produção e ao livre pensar. Há que se assegurar um balanceamento dos interesses, sobretudo com atenção especial aos aspetos que cercam a produção e o

¹⁹ Privacidade já foi entendida como direito de estar só. Na Europa, como o fundamental no direito à privacidade consiste no direito à imagem, nome e reputação e no direito à autodeterminação informativa: o direito a controlar a disponibilização de informações a respeito de cada um, questão que se prende intimamente com o acesso às bases de dados (Whitman, Whitman, James Q. (2004).

acesso às obras. Aspectos sociais, culturais, políticos e tudo mais que envolva as condições e o objetivo das proteções.

Neste ponto, pretende-se ressaltar que os direitos à Propriedade Intelectual e a seus ganhos não podem estar acima do Direito Fundamental ao conhecimento. E a devida cautela em se proteger em demasia um direito relacionado à ganhos econômicos, especialmente no que toca a rastreabilidade de informações e disponibilidade digital de informações que podem ser usadas em benefício daqueles que pretendem gerar lucros, mas em malefício de todos aqueles que estejam sendo privados do conhecimento e de ferramentas de desenvolvimento humano a partir dele.

5. CONCLUSÕES

Importa destacar o papel das Convenções Internacionais acerca da Propriedade Industrial, bem como dos itens alvo de Propriedade Intelectual. Claro que se trata de uma utopia esperar que todos os Estados, concordem, funcionem e implementem um sistema único com esses objetivos.

Porém, de atenção contínua, são as interligações proporcionadas com certa facilidade, pelo ambiente digital, entre autores, produtores de conteúdo e consumidores de diversas partes do mundo, que outrora não eram possíveis com a velocidade e facilidade das tecnologias.

Diante das novas tecnologias e do mundo de possibilidades que elas trouxeram, a Organização Mundial da Propriedade Industrial ganhou enorme relevância por tratar de tema de conhecimento específico e de ter atuação integrada com a ONU, que está cada vez mais perto do, tão almejado, sonho da representatividade de todos os países do globo.

Em paralelo a esta questão, traz-se à baila o tópico acerca da importância do acesso e da não limitação a produção científica, literária e cultural, porque estes são direitos dos cidadãos. E o entendimento majoritário da doutrina no sentido de haver

necessidade de balancear os malefícios e os benefícios dos ganhos econômicos inerentes às patentes e a Propriedade Intelectual, como um todo, para que estas não se tornem mais uma barreira à fruição do conhecimento. Sem esquecer da necessidade em garantir o progresso em termos de inovação, pesquisa e desenvolvimento.

Para tornar ainda mais complexa a discussão, há ainda que se tocar no ponto do direito à privacidade. Tanto aqueles que desejam ter acesso a esta produção cultural, científica e literária, quanto aqueles que pretendem produzi-la, mas que se encontram sob influências de recriminação ou de controle com o objetivo de direcionamento comportamental de massa. Ainda hoje, a internet também pode ser um meio ou canal de repressão, por conta da sua inerente rastreabilidade e coleta de informações dos usuários. E fatalmente, disponibilidade dessas informações aos controladores das comunicações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS & WEBGRAFIA:

CONVENÇÃO DE BERNA, disponível em <https://pt.copyright.org/paises-convencao-de-berna> consultado em 26 de dezembro de 2024.

CONVENÇÃO DE WASHINGTON, https://www.institutodearbitragemcomercial.pt/wp-content/uploads/2016/02/Convencao_de_Washington.pdf consultado em 26 de dezembro de 2024.

COMISSÃO EUROPÉIA, disponível em <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/pt/content/servicos-conceitos-principais> consultado em 26 de dezembro de 2024.

DE ASSIS ZANIN, L. E. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html consultado em 16 de dezembro de 2024.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Texto disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Consultado em 14 de dezembro de 2024.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Noções gerais de Direitos Autorais, Módulo 1 – Direito Autoral, Brasília 2015. Disponível em https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/1852/1/M%C3%B3dulo_1_DIREITOS_AUTORAIS.pdf Consultado em 26 de dezembro de 2024.

GEIGER, C., Shaheed, F., Bidault, M., Shaver, L., Correa, C. M., Dreyfuss, R. C., ... & Ducoulombier, P. (2016). Intellectual property and access to science and culture: convergence or conflict?. CEIPI/ICTSD publication series on “Global Perspectives and Challenges for the Intellectual Property System”, Issue, (3).

MARTINS, H. D. O., & Barza, E. C. N. R. (2024). ENTRE ACESSO AO CONHECIMENTO E PROPRIEDADE INTELECTUAL: COLISÃO DE REGIMES NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR. *Revista de Direito Internacional*, 20(3). <https://doi.org/10.5102/rdi.v20i3.9027>

MENEZES, H. Z. D., & Falcão, D. D. S. (2020). Poder e autonomia das organizações internacionais: A OMPI na governança dos direitos de propriedade intelectual. *Estudos Internacionais: revista de relações internacionais da PUC Minas*, 8(1), 7–26. <https://doi.org/10.5752/P.2317-773X.2020v8n1p7-26>

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL, PACTO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS ECONÔMICOS, texto em português e em inglês (texto original) https://dcjri.ministeriopublico.pt//sites/default/files/documentos/instrumentos/pacto_internacional_sobre_os_direitos_economicos.pdf . Consultado em 14 de dezembro de 2024.

OMPI. Guia da convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas: acta de Paris, 1971. Genebra, 1980. Disponível em: https://tind.wipo.int/record/40446/files/wipo_pub_615.pdf. Acesso em: 17 dez. 2024.

OMPI. Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. WIPO, 1886. Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Acesso em: 05 dez. 2024

STIGLITZ, J. E., & Greenwald, B. C. (2015). Creating a learning society: A new approach to growth, development, and social progress. Columbia University Press.

SHAFFER, G. (2012). International law and global public goods in a legal pluralist world. *European journal of international law*, 23(3), 669-693.

VIANO, E. C. (2013). *DIREITO A PROPRIEDADE CONTRA O DIREITO A PRIVACIDADE: DESAFIOS PARA A REDE. 1.*

WIPO :AGENDA FOR DEVELOPMENT OF THE INTERNATIONAL PATENT SYSTEM:MEASURES AND QUESTIONS WHICH MIGHT BE CONSIDERED (WIPO DOCUMENT A/36/14 ANNEX) Disponível em <https://www.buinesseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2002-03931-E.pdf> Consultado em 14 de dezembro de 2024.

WHITMAN, J. Q. (2004). Making Happy Punishers.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES E A APLICABILIDADE DA BUSINESS JUDGMENT RULE: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

The civil liability of company directors and the applicability of the business judgment rule: a comparative analysis between Brazil and Portugal

Fábio da Silva Veiga¹

Universidade Lusófona do Porto

Samuel Henrique Silva Favorito Brandão²

Universidade Lusófona do Porto

DOI: <https://doi.org//10.62140/FVSB8372025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Os Deveres dos Administradores Societários no Brasil e em Portugal; 3. Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades

¹ Professor Auxiliar de Direito Empresarial da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona, na Licenciatura, Mestrado e Doutoramento em Direito (Porto e Lisboa). Exerceu funções públicas de Professor Adjunto Convidado no Politécnico de Leiria (ESTG e ESTM - 2022). Foi Professor Doutor de Direito Empresarial da Universidade de Almería, Espanha (2020), aprovado em concurso público PSI. Foi professor ‘venia docenti’ da Universidade de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha (2019). Foi professor do Mestrado em Abogacia da Universidade Europeia de Madrid (2016/17/18). É Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo (2017), com a máxima distinção e Prémio Extraordinário de Tese de Doutoramento. Realizou estágio científico de Pós-doutoramento na Escola de Direito da Universidade do Minho (2019). Venceu, em concurso, a Bolsa DPE da Fundação CAPES do Ministério da Educação do Brasil (2014-2018). Publicou mais de 50 trabalhos de caráter científico, em periódicos, livros e documentos técnicos nacionais e internacionais. Com frequência participa como orador em conferências em Portugal, Espanha, Brasil, Itália e Polónia. Tem sido professor visitante em mestrados da Universidade Rey Juan Carlos (Madrid) e UNISINOS (Brasil). É presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR - onde realizou mais de 40 projetos académicos, com destaque para as universidades de Salamanca, Santiago de Compostela, Complutense de Madrid, Pádua, Roma (La Sapienza), Pádua, Paris-Nanterre, Rio de Janeiro, Coimbra e Lusófona. E-mail: fabio.veiga@ulusofona.pt. Link ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9986-7813>.

² Mestrando de Direito pela Universidade Lusófona do Porto. E-mail: samuel_h_brandao@hotmail.com.

para com a Sociedade; 4. A Regra do Julgamento do Negócio ('Business Judgment Rule') sob a Perspectiva Luso-Brasileira; 5. Conclusão.

Resumo: O presente artigo propõe um estudo acurado sobre os princípios da diligência e da lealdade, a serem observados pelos administradores de sociedades empresariais, bem como a aplicabilidade da teoria da 'business judgment rule' sob as perspectivas portuguesa e brasileira. O principal objetivo do presente estudo é examinar como ambos os princípios são abordados por cada legislação, assim como averiguar se ocorre a absorção da teoria da 'business judgment rule' por cada ordenamento jurídico, e consequentemente como sucede sua aplicabilidade. Ademais, o estudo será de grande valia, pois visará salvaguardar as Teorias do Direito Empresarial além de promover um diálogo entre ambos os sistemas jurídicos. Com efeito, o desenvolvimento do trabalho se dará por meio de uma pesquisa explicativa e comparativa, utilizando-se fontes bibliográficas, doutrina e jurisprudência. Desse modo, por meio da análise da aplicação dos dispositivos legais que dizem respeito aos deveres de lealdade e diligência, bem como à observância da 'business judgment rule', busca-se como resultado, sem qualquer pretensão de se esgotar o tema, comentar, constatar e concluir por meio de uma análise abrangente, que a aplicabilidade da teoria supramencionada em ambos os países é de crucial importância para mais do que a defesa do ambiente de negócios, ocorra a sua verdadeira promoção.

Palavras-chave: Diligência. Lealdade. Business Judgment Rule. Brasil. Portugal.

Abstract: The present article proposes a study about the principles of diligence and trustworthiness to be assessed by the directors of business enterprises as well as the applicability of the "business judgment rule" theory beneath the Portuguese and Brazilian prospects. The central objective of this report is to analyze how both of this principles are discussed by each legislation, how the theory of the "business judgment rule" is absorbed by the statutory schemes and how its applicability occurs. Moreover, the report will provide a valuable support, because it will aim to protect the Theories of Business Law, in order to promote a dialog between the two legal systems. Indeed,

the development of the scientific research will be through a explanatory and comparative survey, drawing on bibliographical sources, doctrine and case law. Thus, through the analysis of the applicability of the legal provisions that address to the legal duties of trustworthiness and diligence, as well as compliance with the "business judgment rule ", the aim is, without any pretension of exhausting the subject, to comment, to review and to conclude through a comprehensive analysis, that the applicability of the aforementioned theory in both countries is of fundamental importance, beyond the defense of the business environment, to promote its rights.

Keywords: Diligence. Trustworthiness. Business Judgment Rule. Brazil. Portugal.

1. INTRODUÇÃO

A teoria da 'business judgement rule' (regra do julgamento do negócio), pode-se ser entendida como um princípio que não busca eximir os administradores de sua responsabilidade, mas busca que estes estejam protegidos ao tomarem suas decisões empresariais calcados na boa-fé e no melhor interesse da sociedade (Tomazette, 2020)³. Ela originou-se do ordenamento jurídico americano, tendo sido propagada para os demais países e atualmente sendo uma teoria amplamente aplicada no âmbito da 'corporate governance' (governança corporativa), no Brasil e Portugal.

Em terras lusitanas, a ingerência da 'business judgement rule' foi incorporada pelo Código das Sociedades Comerciais em seu artigo 72.º, n.º 2, o qual foi confeccionado a partir da influência dos princípios da 'corporate governance', cuja finalidade é a proteção dos administradores em suas decisões. Dito isso, a doutrina portuguesa é representada por escritores como o Doutor Fábio da Silva Veiga, os quais refletem, discutem e criticam a maneira de aplicação dessa teoria.

³ Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 599. São Paulo: Saraiva Educação.

De outro modo, em território brasileiro, a ‘business judgement rule’ foi introduzida na legislação por meio da elaboração da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976). Referida teoria tem como pretensão que os administradores atuem com maior liberdade em suas decisões – desde que tenha havido deliberação baseada num julgamento (juízo de valores) – boa-fé, e estrita observância dos deveres de obediência, diligência e lealdade.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo averiguar a aplicabilidade da teoria ‘business judgement rule’ tanto no Brasil como em Portugal, verificando as semelhanças e diferenças entre os dois sistemas jurídicos.

Logo, por meio de uma análise comparativa, pretende-se compreender como ambos os ordenamentos jurídicos abordam a sistemática da proteção dos administradores, isso tudo visando promover um ambiente empresarial mais sadio e contemporâneo, sem perder de vista a necessidade de preservação dos interesses dos acionistas e demais ‘stakeholders’.

2. OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES SOCIETÁRIOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Os administradores de uma sociedade têm vários poderes, que devem necessariamente ser exercidos no interesse da companhia, haja vista as exigências do bem público e da função social da empresa. Nesse desiderato, e com a finalidade de se realizar o devido exercício desses poderes, as legislações portuguesa e brasileira impõem uma série de deveres para os administradores das sociedades, sendo dois deles os deveres de diligência e de lealdade, os quais serão objetos do presente estudo.

2.1. Dever de Diligência sob a Perspectiva Luso-Brasileira

Visando delinear o ‘duty care’, a legislação portuguesa, em seu artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais, dispõe que os gerentes ou administradores de sociedades devem necessariamente observar o dever de cuidado, revelando a

disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado (DL 262/86, Artigo 64º).⁴

Fábio da Silva Veiga (2013), explicita que o artigo supramencionado estabelece alguns critérios para ver-se empregado, ‘in verbis’:

“Dentre eles, diríamos o ‘know-how’ técnico-empresarial: quando diz que o administrador deve revelar disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequado às suas funções e deve ainda usar da diligência de um gestor criterioso e ordenado. Portanto, percebe-se que um dos requisitos que amplia a esfera de licitude/ilicitude, a priori, também tem seu escopo na denominada profissionalização dos administradores.” (Veiga, 2013, pp.22-23)

Ademais, para Menezes Cordeiro (2007) e Fernando Pessoa Jorge (1972), a diligência corresponde ao grau de esforço exigível para estipular a conduta que integra o cumprimento de um dever⁵. Prossegue ainda Menezes Cordeiro (2007) ao enunciar que o dever de diligência deve ser observado independentemente de qualquer responsabilidade. Para ele, a violação do dever de diligência dá ensejo à ilicitude e não a mera culpa. À bem da verdade, afirma o doutrinador que a falta de diligência pode ser dolosa também e não somente culposa, e, justamente por isso, faz-se necessário

⁴ Diário da República [DR], Portal Eletrónico. Decreto-Lei n.º 262/86 de 2 de setembro. Código das Sociedades Comerciais (CSC). Porto, In Portal do Diário da República, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1986-34443975-67044099>. Acedido em 16 de dezembro de 2024.

⁵ Jorge, F. P. (1972). Direito das obrigações (Ed. dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa), p. 79. [Cordeiro, A. M. (2007). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC), p. 860. Coimbra: Almedina].

saber qual a conduta praticada, para somente depois ser fixado o grau de esforço exigido na atuação concreta (Cordeiro, 2007)⁶.

De outra maneira, a legislação brasileira, estabeleceu em seus artigos 153 da Lei nº 6.404/1976 e 1.011 do Código Civil de 2002, o dever de diligência, dispositivos que detém as seguintes redações:

“Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios. ” (Lei 6.404/76, Artigo 153)⁷

“Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

§1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados à pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

⁶ Cordeiro, A. M (2007). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC), p. 860. Coimbra: Almedina.

⁷ Planalto. Portal Eletrônico. Lei n. 6.0404/76 de 15 de dezembro. Porto, In Portal do Planalto, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acedido em 16 de dezembro de 2024.

§2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.” (Lei 10.406/02, Artigo 1.011)⁸

Sobre a abordagem do tema e consequente introdução do ‘duty care’ no sistema brasileiro, importante é a lição doutrinária de Marlon Tomazette (2020) ao dispor que:

“A legislação brasileira incorpora o *duty care* do direito norte americano, que possui muitas variações na formulação de tal dever de estado para estado, mas mantém a ideia fundamental de que o administrador deve pautar sua conduta pela boa-fé, atuando com os cuidados que uma pessoa normalmente prudente tornaria em circunstâncias similares, de modo a atender da melhor maneira os interesses da companhia.” (Tomazette, 2020, p. 589)

Pontua-se que o ilustre doutrinador se posiciona no sentido de que, verdadeiramente, não se pretende que os administradores sejam especialistas (situação diferente da legislação portuguesa que pretende uma profissionalização dos administradores como visto), mas que atuem com diligência (Tomazette, 2020)⁹.

Com efeito, apesar de haver certas diferenças entre Brasil e Portugal em relação à incorporação do dever de diligência, certo é que ambos os países entendem que o descumprimento de tal dever é capaz de ensejar a responsabilização pessoal do administrador pelos prejuízos causados.

⁸ Planalto. Portal Eletrônico. Lei n. 10.406/02 de 10 de janeiro. Porto, In Portal do Planalto, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acedido em 16 de dezembro de 2024.

⁹ Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 599. São Paulo: Saraiva Educação.

Assim, ao questionar uma conduta do administrador, não poderá o juiz substituir-se ao administrador, mas lhe caberá verificar se este atuou diligentemente (Cecchi, 1999)¹⁰. Cuida-se, portanto, de obrigação de meio, ou seja, o administrador deve, ao atuar, ter todo o cuidado inerente à gestão dos negócios sociais (Coelho, 1999)¹¹.

2.2. Dever de Lealdade sob a Perspectiva Luso-Brasileira

Em relação ao dever de lealdade, novamente, e com clareza meridiana, vale tecer o posicionamento doutrinário de Fábio Veiga (2013):

“O dever de lealdade (‘duty of loyalty’) refere que os administradores devem observar os deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.” (Veiga, 2013, p. 24)

Ademais, prossegue o eminente doutrinador ao afirmar que, assim como no dispositivo que cuida do dever de diligência, o artigo que estabelece o dever de lealdade também estipula alguns critérios de observação:

“Aqui igualmente se observa elementos de concretização: a relação de lealdade tem como outro polo a sociedade e não os sócios. No que concerne aos sócios, apenas se deve «atender» aos seus interesses de longo prazo. E no que se refere ao interesse social, devem ainda ser

¹⁰ Cecchi, P. (1999). ‘Gli amministratori di società di capitali’, p. 528. Milano: Giuffrè.

¹¹ Coelho, F. U. (1999). Curso de direito comercial. (Vol. 2), p. 244. São Paulo: Saraiva.

«ponderados» os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade, tais como os trabalhadores, clientes e credores. ” (Veiga, 2013, p.24)¹²

Para mais, e a fim de dar uma interpretação concisa ao dispositivo que trata do dever de lealdade (artigo 64º, nº 1, b do Código das Sociedades Comerciais), Catarina Serra (2010), diz:

“Ao contrário do que parece, porém, aquilo que a norma acrescenta não é exatamente a obrigação de realizar cada um dos grupos de interesses ou de os tentar conciliar a todos – uma obrigação de “servir a dois anos”, que seria manifestamente impossível de cumprir. Aquilo que a norma acrescenta – ou introduz – é uma dimensão ou um critério de eticidade no universo empresarial. Os gestores passarão a ter, em primeira linha, o dever de tentar adoptar a solução que melhor compatibilize todos os interesses em confronto e, como esta

¹² Sobre as teorias que abordam o denominado interesse social Fábio Veiga (2013), diz que: “Tradicionalmente o interesse social é confrontado pelas chamadas teorias *contratualistas* e *institucionalistas*. Basicamente, para os *contratualistas*, o interesse da sociedade é a comunhão de interesses comuns dos sócios enquanto sujeitos com os mesmos fins (lucrar com a sociedade), os sócios são apresentados como titulares do interesse social. Ao revés, para os *institucionalistas* o interesse social vem a ser um interesse comum não com exclusividade dos sócios, mas também com relevância aos interesses dos trabalhadores, dos credores, clientes, ou aqueles que de certa maneira tem algum tipo de relacionamento econômico com a sociedade, até mesmo o interesse geral ou público pode ser considerado. Fala-se também das concepções econômicas e jurídicas dos interesses perseguidos pelas sociedades empresárias, como por exemplo, as teses monísticas – identificando o interesse da empresa e dos sócios; das teses dualísticas – uma espécie de co-gestão com participação dos trabalhadores e de seus interesses introduzidos na sociedade, bem como da tese pluralista – onde tenta-se inculcar na empresa o interesse público. No final da década de 80 e, sobretudo, 90 do século XX, apareceu no cenário jurídico norte-americano e depois com reflexos em vários países, a concepção dos sistemas finalísticos da maximização do lucro (*‘wealth maximization’*), que se traduziu na vitória da teoria monística, tendo em conta que por esta teoria preconizava-se a valorização da sociedade como instrumento de interesse máximo dos acionistas (a sociedade serve aos interesses dos acionistas). Reconduziu-se, dessa forma, o interesse da sociedade aos interesses dos sócios, a concepção ficou conhecida como *‘shareholder value approach’*. Dá para se dizer que a perspectiva monística triunfou, até porque os mercados de capitais e a globalização teoricamente (e historicamente) valorizam os detentores dos meios de produção e pressionam para a adoção generalizada da concepção do *‘shareholder value’*. Mesmo porque não raro, vê-se que os despedimentos em massa de grandes empresas fazem seguir o aumento da cotação das ações destas na bolsa de valores. Com efeito, as teses dualísticas e pluralistas continuam a surtir efeito. Opera-se que a concepção do *‘shareholder value’* vem perdendo terreno para a do *‘stakeholder value’*, o que se quer dizer pela última é que outros interesses para além dos acionistas, devem ser levados em consideração. Ministra-se disto, que, o contratualismo e o institucionalismo continuam visíveis, mas com uma nova roupagem.

será em princípio difícil de alcançar, subsidiariamente, o dever de ponderar bem os interesses, de forma a evitar, em última instância, que a satisfação dos interesses dos sócios (que se mantêm os interesses prevalentes) seja perseguida para lá daquilo que é razoável ou eticamente admissível ou, por outras palavras, seja obtida com o sacrifício intolerável, desnecessário ou desproporcionado de algum dos interesses dos outros grupos de sujeito.” (Serra, 2010, p. 166)¹³

Noutro espeque e não menos importante, cumpre observar se o sistema português sanciona a ausência de observância do dever de lealdade. Sobre essa questão, Fábio Veiga preleciona que “... a norma do artigo 64.º, n.º 1, b, do CSC português, além de serem autónomas no que concerne à concretização de condutas, tem um carácter ético-empresarial de reprovabilidade, o que representa no âmbito jurídico a ausência de sanções” (Veiga, 2013, pp.25-26).¹⁴

De modo diverso, Catarina Serra (2010) detém o entendimento de que é possível, em casos mais graves, caso haja somente observância dos interesses dos sócios em detrimento dos demais ‘stakeholders’, reconhecer o uso ilegítimo dos poderes-deveres que lhe foram conferidos, o que ocasionaria o enquadramento da conduta como ilícita e, conseqüentemente, a incidência do arcabouço clássico da responsabilidade civil. Isso tudo com vistas a se ter um sistema harmonioso com fins a dar a máxima efetividade ao mandamento legal.

Cabe registrar que, na mesma linha de raciocínio de Catarina Serra (2010), é o posicionamento de Adelaide Menezes Leitão (2009), ao expor que:

¹³ Serra, C. (2010). O Novo Direito das Sociedades: Para Uma Governação Socialmente Responsável (Vol. 14), pp. 155-179. Londrina: Scientia Iuris. Retirado a 17 de dezembro de 2024, em <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7655/6749>.

¹⁴ Apesar disso, Catarina Serra (2010), afirma que, “mas, em primeiro lugar, como é sabido, a ausência de sanções não é impeditiva da vinculatividade. Um comportamento pode ser devido e a sua inobservância censurável apesar de não ser juridicamente sancionado. ”

“Com efeito, na medida em que a ilicitude na versão actual do artigo 64º/1 se recorta pela configuração dos deveres que adstringem os administradores e que visam a protecção da sociedade, numa leitura interior aos sistemas de responsabilidade civil continentais, a diligência do gestor criterioso e ordenado deve inserir-se na culpa como sistema de imputação da responsabilidade dos administradores. Na verdade, a culpa, numa concepção normativa, corresponde à omissão da diligência que seria exigível ao administrador que causou danos à sociedade pela violação dos deveres de cuidado e de lealdade, de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe. ” (Leitão, 2009, pp. 647-679)¹⁵

De outro modo, no Brasil o dever de lealdade está disposto nos artigos 155 da Lei nº 6.404/76 (Lei 6.404/76, Artigo 155)¹⁶ e 1.017 do Código Civil de 2002 (Lei

¹⁵ Leitão, A.M. (2009). Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção, p. 647-679. RDS III. Retirado a 17 de dezembro <https://www.revistadireitodassociedades.pt/Archive/Docs/f955922691932.pdf>.

¹⁶ Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

§4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001). (Lei 6.404/76, Artigo 153).

10.406/02, Artigo 1.017)¹⁷. Referido comando legal versa sobre o acionista e sobre a atuação do administrador. Mais precisamente, o administrador deve servir à companhia, e não somente se servir dela, de modo que ele não deve sobrepor seus interesses aos da sociedade (Tomazette, 2020)¹⁸.

Salienta-se que alguns desses desdobramentos no Brasil são a impossibilidade de o administrador concorrer com a sociedade que ele administra, bem como a não utilização de informações a que ele tem acesso em virtude de seu posto em proveito próprio. Inclusive, no caso da sociedade anônima de capital aberto, incide a regra do artigo 155, §§1º e 4º (Lei 6.404/76, Artigo 155), que versa sobre hipóteses em que o administrador inflige e são considerados crimes na Lei de Mercado de Capitais (‘Insider Trading’). Sobre condutas que o administrador de empresas não pode adotar, vale tecer as considerações de Marlon Tomazette (2020):

“Os administradores não podem usar em benefício próprio ou de outrem as oportunidades que surjam em razão do cargo ocupado. Ora, se eles conheceram a oportunidade em virtude do cargo, a oportunidade é da companhia e não deles, na medida em que eles atuam como órgãos da sociedade. Possibilidades de negócios que foram transmitidas à companhia restritamente, ou ligas aos fins ou à atividade da companhia, são oportunidades dela, das quais o administrador só tomou conhecimento em virtude do cargo. Eles só poderão usar as oportunidades individualmente, se a sociedade não poder usá-las ou rechaçar expressamente a oportunidade. Há que prevalecer sempre o interesse social

¹⁷ Art. 1.017. O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.

Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação (Lei 10.406/02, Artigo 1.017).

¹⁸ Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 591. São Paulo: Saraiva Educação.

sobre o interesse individual dos administradores.” (Tomazette, 2020, p. 591)¹⁹

Com efeito, não basta que os administradores não pratiquem os atos contrários ao dever de lealdade, é necessário que eles deem aplicação concreta a este dever (Toledo, 1999)²⁰. Portanto, seja em terras brasileiras ou lusitanas, é fato que os administradores não podem ser omissos à defesa da companhia, devendo aproveitar, sempre que possível, as oportunidades que surjam, desde que sejam proveitosas aos interesses da companhia no caso concreto (Tomazette, 2020)²¹.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES PARA COM A SOCIEDADE

a. Modelo Português

O artigo 72º./1 do Código de Sociedades Comerciais versa sobre a responsabilidade obrigacional dos administradores em relação à sociedade. Nesse norte, é previsto que os administradores são responsáveis pelos danos causados à sociedade em detrimento dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa²².

¹⁹ Em situação semelhante, em Portugal, tem-se a proibição de concorrência, a qual não é absoluta, considerando poder ser afastada por meio de consentimento expresso dos sócios por intermédio de deliberação (arts. 254º, nº 1 e 398º, nº 3, ambos do CSC) ou do conselho geral e de supervisão (art. 428º, do CSC).

²⁰ Toledo, P. F. C. S. (1999). O conselho de administração na sociedade anônima (2ª ed.), pp. 55-59. São Paulo: Atlas.

²¹ Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 591. São Paulo: Saraiva Educação.

²² Cabe pontuar que a jurisprudência portuguesa detém o entendimento de que se aplica a teoria da ‘business judgment rule’, para que o administrador tenha a sua responsabilidade excluída. Mais precisamente, deverá o administrador demonstrar que agiu em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e adotando critérios de racionalidade empresarial. Ademais, a regra está incorporada no artigo 72º/2, do Código de Sociedades Comerciais.

A violação de deveres específicos acarreta a denominada presunção de culpa²³. Para mais, Antônio Menezes de Cordeiro (2007), exemplifica que “no campo do direito obrigacional, isso significa que a ilicitude e a culpa do inadimplemento são, em conjunto e globalmente, imputadas ao agente faltoso”²⁴. Nesse viés, caberá ao administrador demonstrar causa justificadora, seja no sentido de provar uma justificação ou, de modo diverso, um fundamento de desculpabilidade.

Repisa-se que a mera violação do dever diligência para Antônio Menezes de Cordeiro (2007) enseja a ilicitude e não a simples culpa. Ademais, tal raciocínio se dá em virtude que, diferentemente do Direito Civil, que estabelece o critério do ‘bonus pater família’, no Direito das sociedades, há a figura do administrador “criterioso e ordenado”, o que necessariamente demanda um ‘modus operandi’ mais exigente.

Na mesma linha, é o posicionamento de Fábio da Silva Veiga (2013), ‘in verbis’:

“A partir disto a culpa repousar-se-á sobre aqueles comportamentos pelos quais os administradores têm o dever de conhecimento, já que a função exige competência aguçada, e, portanto, superior ao conceito do ‘bonus pater familias’. A culpa, dessa maneira, verificada a evolução na definição legal, passa a consagrar peculiaridades de comportamentos no exercício do poder de administração e exigir a extensão da

²³ Menezes Cordeiro (2007) cita alguns exemplos em sua obra, sendo eles: “ Violação de cláusulas contratuais ou de deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objeto ou que proíbam a prática de certos atos - 6.º/4; execução de deliberações relativas à distribuição de bens aos sócios, quando tais deliberações sejam ilícitas ou enformem de vícios - 31.º/2; não-convocação ou não-requerimento da convocação da assembleia geral, quando se esteja perante a perda de metade do capital social - 35.º/1; incumprimento do dever de relatar a gestão e de apresentar contas - 65.º/12959 - ou de proceder aos competentes depósitos - 70.º e inobservância do dever de declarar por escrito que, havendo aumento de capital, não têm conhecimento de ter havido, entre o dia do balanço que servir de base à competente deliberação e o dia da deliberação em si, uma diminuição patrimonial que obste ao aumento - 93./1 - ou, a fortiori: efetivação de uma declaração falsa.

²⁴ Cordeiro, A. M. (2007), Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC), p. 981. Coimbra: Almedina.

culpabilidade com base nas qualidades do agente.” (Veiga, 2013, p. 109) ²⁵

Por fim, e no que se refere ao nexo de causalidade, segundo o direito português, cabe inicialmente verificar qual era o bem tutelado e descumprido. Esse bem se concretiza na quantidade do dano, o que pode ou não ser acrescido de danos colaterais e/ou lucros cessantes.

Seguindo o posicionamento da melhor doutrina, em se tratando de sociedades, os danos, na maioria das vezes, se dão “em cascata”. Por conta disso, a devida circunscrição realizada pelo nexo causal determina o bem jurídico que se mostrou violado, e somente os danos provocados nesse bem são, em princípio, indenizáveis²⁶.

b. Modelo Brasileiro

Os administradores no Brasil, assim como em outros países, são órgãos da companhia, e por isso, praticam atos por esta, que via de regra é responsável por eles. Contudo, como é sabido, nem sempre o administrador age corretamente, procedendo em determinados casos para além de seus poderes ou os violando, ou até mesmo atuando com dolo ou culpa.

Nessas situações, faz-se necessário a responsabilização pessoal do administrador perante todos os que suportarem danos decorrentes dessa atuação. Mais precisamente, o administrador responderá pessoalmente perante a sociedade e

²⁵ Veiga. F. (2013). A Responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência (Dissertação de Mestrado). Universidade do Minho, Braga, Portugal.

²⁶ Cordeiro, A. M (2007). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC), p. 981. Coimbra: Almedina.

perante terceiros pelos danos causados quando agir com dolo, culpa, violação da lei ou dos estatutos, consoante disposições do art. 158, da Lei n. 6.404/1976²⁷.

Com efeito, e ‘in terra brasilis’, faz-se necessário, primeiramente, aferir o que são “atos regulares de gestão”. Nesse sentido, Camila Martinelli Sabongi e Luis Antônio Soares Hentz (2016) conceituam tal instituto como “no que for previsto pelo estatuto social e pela lei, ou aqueles atos que, embora não se enquadrando no determinado pelo estatuto da companhia, ou mesmo violando a lei, sejam praticados de boa-fé, visando ao interesse social.”²⁸

Assim, da leitura do inciso I, do art. 158, da Lei n. 6.404/1976, infere-se que são passíveis de responsabilização os atos dos administradores que, apesar de terem atuado dentro da legalidade e conforme estatuto, sejam praticados com “culpa ou dolo”. Nessa modalidade, Marlon Tomazette, preleciona que cabe à sociedade provar a culpa ou dolo do administrador para poder responsabilizá-lo²⁹. Cuida-se assim, de responsabilidade subjetiva do administrador.

²⁷ Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

²⁸ Sabongi, C. M., Hentz, L. A. S. (2016). ‘Business judgment rule’ no direito societário brasileiro. RDB, Vol.. 73. Retirado a 20 de dezembro https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.73.08.PDF.

²⁹ Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 596. São Paulo: Saraiva Educação.

Noutro giro, a situação disposta no inciso II, do art. 158, da Lei n. 6.404/1976 elenca aqueles atos em que o administrador extrapola seus poderes, violando a lei ou o estatuto, não necessariamente agindo o administrador com dolo ou culpa, motivo pelo qual presume-se ‘*juris tantum*’ a existência desta (*‘lato sensu*’). Nesse espeque, Marlon Tomazette (2020) defende que nessa hipótese seria também caso de responsabilidade subjetiva, contudo, com a inversão do ônus da prova, ou seja, admite-se que o administrador comprove que não agiu com dolo ou culpa³⁰.

Entretanto, pode ainda haver situações em que um administrador, mesmo agindo com imperícia, circunstância disposta no art. 158, inciso I, da Lei supramencionada, encontre escusa de sua culpabilidade, haja vista o disposto no art. 159, §6º, do mesmo diploma legal³¹. Para mais, e novamente reportando ao posicionamento de Marlon Tomazette (2020), no caso do estabelecido no inciso II, da Lei de Sociedades por Ações, o administrador poderá se eximir da responsabilidade se provar que agiu, assim como na hipótese anterior, com boa-fé e no interesse da sociedade³³. Nos dizeres de Trajano de Miranda Valverde (1959):

“Dir-se-á que a lei presume, nesses casos, a culpa do diretor pelo que a ele incumbirá provar que a violação da lei ou dos estatutos resultou de circunstâncias especialíssimas, por ele não provocadas ou relativamente às quais não podia ele ter nenhuma influência, ou ainda, que os prejuízos verificados ocorreriam em qualquer hipótese.” (Valverde, 1959, p. 39)³⁴

³⁰ De modo diverso entende Modesto Carvalhosa (1997), que cuida-se de responsabilidade civil objetiva.

³¹ Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. (...)

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

³² Esse também é o entendimento de Camila Martinelli Sabongi e Luis Antônio Soares Hentz (2016).

³³ Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 597. São Paulo: Saraiva Educação.

³⁴ Valverde, T. M. (1959). Sociedades por ações (3ª ed., Vol. 2), p. 39. Rio de Janeiro: Forense.

Em síntese, se o administrador estiver agindo corretamente, nos interesses da companhia e de boa-fé, e ainda assim causar danos, não é razoável lhe imputar responsabilidade. Isso pois, em terras brasileiras, considera-se que, nesse cenário, quem estará efetivamente causando danos a alguém é a companhia.

4. A REGRA DO JULGAMENTO DO NEGÓCIO (‘BUSINESS JUDGMENT RULE’) SOB A PERSPECTIVA LUSO- BRASILEIRA

a. Modelo Português

A teoria da ‘Business Judgment Rule’ foi desenvolvida nos Estados Unidos da América, sendo que Portugal sofreu influência desta por meio das questões pertinentes à ‘corporate governance’³⁵ – incorporada pelo direito alemão e propagada pelo sistema europeu a partir do §93/I, 2 AktG de 2005³⁶. E mais, para Fábio da Silva Veiga (2013), esses princípios tiveram ingerência na figura dos deveres fiduciários. Veja-se:

“Ditos princípios tiveram a sua conotação na figura do ‘fiduciary duties’, designados amiúde como fiduciários. Portanto, há de se perceber que no ordenamento societário português as normas que tocam este assunto (art. 64.º ex vi art. 72.º, CSC) podem ser consideradas de cariz híbrido, mesmo que na sua essência o fundamento pressupõe valores de matriz anglo-saxónica”. (Veiga, 2013, pp.28-29)

³⁵ Ana Rita Rebouta Alves (2016), define a ‘corporate governance’ (governança corporativa), como “o sistema através do qual as organizações empresariais são dirigidas e controladas, fornecendo a estrutura com que a empresa estabelece os seus objetivos e as formas de atingi-los e monitoriza a sua performance.”

³⁶ Ou ‘Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts’. Antônio Menezes Cordeiro (2007), traduz a regra como “não há violação de dever quando o membro da direção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade.”

Prosseguindo ainda sobre a maneira de aplicação da teoria em território português, vale igualmente tecer o posicionamento doutrinário de Fábio da Silva Veiga (2013):

“Tradicionalmente a ‘business judgement rule’ é integrada por quatro aspectos, sendo três deles condições e um a regra. Num primeiro plano, a regra só é aplicada se tiver havido uma decisão empresarial (escapam ao âmbito da aplicação os casos em que não há ‘decision making process’); depois, a regra só se aplica se a decisão não estiver contaminada por um interesse financeiro ou pecuniário dos administradores; num terceiro momento, deve ter sido observado um ‘reasonable decision making process’. Cumpridos estes aspetos, o mérito substantivo da decisão não será analisado (neste ponto concentra-se a atuação dos julgadores). Só haverá responsabilidade em caso de decisões irracionais (‘egregious conduct’). A ‘business judgment rule’ constitui uma regra de origem jurisprudencial que exclui a valoração pelos tribunais do mérito das decisões dos administradores. Significa dizer que opera uma importante restrição da responsabilidade dos administradores.” (Veiga, 2013, p. 29)

Cabe ainda registrar que a regra supramencionada é aplicável às condutas que dizem respeito ao dever de diligência/cuidado, mas não em caso de violação do dever de lealdade³⁷.

Pontua-se, por fim, que em Portugal, a teoria da ‘Business Judgment Rule’, está incorporada no artigo 72.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, sendo

³⁷ Veiga, F. (2013). A Responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência (Dissertação de Mestrado), p. 29. Universidade do Minho, Braga, Portugal.

que a doutrina majoritária entende que havendo o preenchimento de seus requisitos haverá verdadeira situação de exclusão de antijuridicidade.

b. Modelo Brasileiro

Sobre a responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas, pode-se afirmar que vigora no Brasil, assim como em Portugal, o instituto da ‘Business Judgment Rule’ (Lei n.6.404/76 – art. 159, §6º), ou seja, “as decisões ou julgamentos dos negócios honestos e tomados de boa-fé e com base em investigações razoáveis não serão questionáveis judicialmente, ainda que a decisão seja enganada, infeliz ou desastrosa.”³⁸

Sobre a ‘Business Judgment Rule’ no Brasil, vale destacar a colocação de Marcelo Barbosa Sacramone (2022):

“Com a obrigação de empreender os melhores esforços para a obtenção do lucro da empresa, ainda que não obtenha o resultado esperado, o administrador preencherá o seu dever de diligência quando adquirir informações, investigar e analisar as informações obtidas, tomar decisões razoáveis diante das circunstâncias apresentadas e fiscalizar as demais pessoas e negócios relacionados à sua atribuição. Desde que tenha satisfeito tais requisitos, ainda que de seu ato negocial tenha resultado prejuízo à companhia, o administrador não será responsabilizado pelo seu ato de administração. Trata-se da chamada ‘business judgement rule’.” (Sacramone, 20252, p. 378)

³⁸ Silva, A. C. (2007). Responsabilidade dos administradores de S/A, p. 143. Rio de Janeiro: Elsevier.

Com efeito, ao Poder Judiciário não caberá analisar a correção ou não das decisões tomadas pelos administradores, mas apenas se eles tiveram a diligência necessária na tomada da decisão, agindo dentro de seus poderes e com fundamentos razoáveis para sua deliberação³⁹. Portanto, estará isento de responsabilidade o administrador que agir devidamente na condução dos negócios, ainda que não tenha logrado o êxito pretendido.

Osmar Brina Corrêa Lima, estabelece que para a aplicação da teoria da regra do julgamento do negócio ('business judgement rule'), faz-se necessária a presença de três requisitos, quais sejam: (i) decisão baseada num julgamento (juízo de valores); b) boa-fé; e c) estrita observância dos deveres de obediência, diligência e lealdade⁴⁰.

De outro modo, Alexandre Couto Silva (2007), defende a necessidade de observância de cinco elementos para aplicação da teoria retromencionada, quais sejam: (i) decisão ou julgamento de negócios; (ii) decisão desinteressada e independente; (iii) dever de diligência; (iv) boa-fé; e (v) inexistência do abuso da discricionariedade⁴¹. Contudo, e seguindo o magistério de Marlon Tomazette (2020), verifica-se que a divergência de ambas as definições é mais terminológica do que conteudista⁴².

Cumprе salientar também que a teoria somente protege as decisões que foram tomadas em sentido positivo de conduta, ou seja, não cabe aplicabilidade da teoria em casos de omissão pura e simples, haja vista que o administrador não pode ser omissor no exercício de suas atribuições (Tomazette, 2020).

Não é demais frisar ainda, que assim como em Portugal, o administrador será protegido se a decisão tomada não conflitar com seus interesses pessoais. Mais exatamente, diz Marlon Tomazette (2020) que "o administrador tem benefício com a decisão quando há ganhos financeiros que não são distribuídos aos acionistas. O

³⁹ Henn, H. G.; Alexander, J. R. (1983). 'Law of corporations' (3ª ed.), p. 663. St. Paul: West Group.

⁴⁰ Corrêa-Lima, O. B. (2003). Sociedade anônima (2ª ed.), p. 256. Belo Horizonte: Del Rey.

⁴¹ Silva, A. C. (2007). Responsabilidade dos administradores de S/A, p. 195. Rio de Janeiro: Elsevier.

⁴² Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1), p. 598. São Paulo: Saraiva Educação.

administrador não pode estar dos dois lados da decisão, nem ser beneficiado por ela, porquanto, nesses casos, não há a mesma confiança na adequação da decisão”.

Em outras palavras, é patente a necessidade de o administrador agir com cuidado, consoante disposição do art. 153, da Lei de Sociedades por Ações, demonstrando a diligência necessária com os negócios empresariais. Para mais, conforme já dito, mas sendo imperioso destacar, exige-se a boa-fé do administrador, pois a boa-fé acarreta a proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A má-fé, de outro modo, não é protegida, e ao revés, é devidamente reprimida. Por fim, é indispensável a razoabilidade na decisão, considerando que a discricionariedade detém limites no bom senso. A propósito, a verificação dos limites dessa discricionariedade estará igualmente sujeita a observância dos deveres de diligência, lealdade e obediência⁴³.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que a aplicabilidade da regra do julgamento do negócio tanto no Brasil como em Portugal, é de crucial importância para a salvaguarda e promoção da denominada ‘corporate governance’. Infere-se, ainda, que apesar de ambas as legislações abordarem de maneira diversa a teoria retromencionada, a sua essência permanece a mesma, qual seja, a de proteger os administradores em suas deliberações, com o nítido incentivo a tomada de decisões com riscos calculados e reprimendo qualquer conduta contrária à boa-fé.

No Brasil, a importação da teoria da ‘business judgment rule’ para o ordenamento jurídico promove um ambiente em que os administradores podem verdadeiramente agir com liberdade, mas sem perder de vista a sua vinculação ao devido julgamento de valores, boa-fé, e à devida e indispensável observância dos deveres de obediência, diligência e lealdade.

⁴³ Corrêa-Lima, O. B. (2003). Sociedade anônima (2ª ed.), p. 257. Belo Horizonte: Del Rey.

De outro modo e não menos importante, em Portugal, o advento dessa teoria no Código das Sociedades Comerciais (art. 72.º, n.º 2), expressa preocupação parecida em criar um sistema seguro para a atuação dos gestores. Para mais, apesar de não haver qualquer pretensão de se esgotar o tema, verifica-se que as colocações realizadas pela doutrina, tais como as apresentadas pelo Doutor Fábio da Silva Veiga, são de notável importância para a contribuição e aprimoramento da aplicabilidade da teoria mencionada.

Melhor dizendo, em ambos os países, a teoria do julgamento do negócio ('business judgment rule') é de indelével necessidade na proteção da tomada de decisões dos administradores, posto a sua pretensão de promoção de um espaço empresarial sadio, contemporâneo e preservando o dinamismo natural dessa relação. A comparação realizada entre os sistemas jurídicos demonstra as semelhanças e diferenças, contudo, também apresenta inspiração para a evolução da 'corporate governance' nos dois países.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 5824/17.7T8GMR-J.G1.S1. Portal Eletrônico. STJP. Porto, In Portal do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6e0f7cf48e36feaa802586e2002cc4fc?OpenDocument>.

Alves, A. R. R. (2016). 'Corporate Governance' e o Desempenho das Empresas Portuguesas (Dissertação de Mestrado). Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, Portugal.

Carvalhosa, M. (1997). Comentários à lei de sociedades anónimas (Vol. 3). São Paulo: Saraiva.

Cecchi, P. (1999). 'Gli amministratori di società di capitali'. Milano: Giuffrè.

Coelho, F. U. (1999). Curso de direito comercial. (Vol. 2). São Paulo: Saraiva.

Cordeiro, A. M (2007). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC). Coimbra: Almedina.

Corrêa-Lima, O. B. (2003). Sociedade anônima (2ª ed.). Belo Horizonte: Del Rey.

Diário da República [DR], Portal Eletrônico. Decreto-Lei nº 262/86 de 2 de setembro. Código das Sociedades Comerciais (CSC). Porto, In Portal do Diário da República, <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1986-34443975-67044099>. Acedido em 16 de dezembro de 2024.

Henn, H. G.; Alexander, J. R. (1983). 'Law of corporations' (3ª ed.). St. Paul: West Group.

Jorge, F. P. (1972). Direito das obrigações (Ed. dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa). [Cordeiro, A. M. (2007). Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64 n.º 1, do CSC). Coimbra: Almedina].

Leitão, A.M. (2009). Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção. RDS III. Retirado a 17 de dezembro <https://www.revistadedireitodassociedades.pt/Archive/Docs/f955922691932.pdf>.

Planalto. Portal Eletrônico. Lei n. 10.406/02 de 10 de janeiro. Brasil, In Portal do Planalto, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acedido em 16 de dezembro de 2024.

Planalto. Portal Eletrônico. Lei n. 6.040/76 de 15 de dezembro. Brasil, In Portal do Planalto, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acedido em 16 e 20 de dezembro de 2024.

Sabongi, C. M., Hentz, L. A. S. (2016). 'Business judgment rule' no direito societário brasileiro. RDB, Vol. 73. Retirado a 20 de dezembro https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDBancMecCap_n.73.08.PDF.

Sacramone, M. B. (2022). Manual de Direito Empresarial (3ª ed.). São Paulo: SaraivaJur.

Serra, C. (2010). O Novo Direito das Sociedades: Para Uma Governança Socialmente Responsável (Vol. 14). Londrina: Scientia Iuris. Retirado a 17 de dezembro de 2024, em <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7655/6749>.

Silva, A. C. (2007). Responsabilidade dos administradores de S/A. Rio de Janeiro: Elsevier.

Tomazette, M. (2020). Teoria Geral do Direito Societário (11ª ed., Vol. 1). São Paulo: Saraiva Educação.

Toledo, P. F. C. S. (1999). O conselho de administração na sociedade anônima (2ª ed.). São Paulo: Atlas.

Valverde, T. M. (1959). Sociedades por ações (3ª ed., Vol. 2). Rio de Janeiro: Forense.

Veiga, F. (2013). A Responsabilidade Civil dos Administradores na Insolvência (Dissertação de Mestrado). Universidade do Minho, Braga, Portugal.

O ACESSO IGUALITÁRIO AO CONSUMO SUSTENTÁVEL NA UNIÃO EUROPEIA

Equal Access to Sustainable consumption in the European Union

Fábio da Silva Veiga¹

Universidade Lusófona do Porto

Ana Luisa de Souza²

Universidade Lusófona do Porto

DOI: <https://doi.org/10.62140/FVAA8622025>

Sumário: 1. Percurso histórico da padronização de decisões no Brasil 2. Metodologia de interpretação da norma; Conclusão.

Resumo: O trabalho aborda a questão do desenvolvimento sustentável, destacando-se a vertente do consumo sustentável como uma de suas principais vertentes. Questiona-se o papel do consumidor e seus hábitos como fatores essenciais para garantir o desenvolvimento sustentável em várias dinâmicas. Tem-se alguns exemplos como a rotulagem ambiental e a etiquetagem energética como políticas públicas que visam fornecer mais informações ao consumidor permitindo escolhas mais conscientes sobre os produtos adquiridos. No entanto, para que essas informações tenham eficácia, os fornecedores precisam apresentá-las de forma clara e verdadeira. Por outro lado, as grandes empresas europeias também têm responsabilidades em práticas sustentáveis, com a regulamentação da Diretiva da Devida Diligência em Sustentabilidade Corporativa (CS3D), que impõe maior responsabilidade às grandes corporações, no que se refere ao impacto ambiental na cadeia de produção, embora essa normativa exclua as empresas de médio porte. O trabalho questiona a necessidade de revisar a abrangência dessa diretiva, de modo a verificar as empresas

¹ Professor de Direito Empresarial da Universidade Lusófona – Portugal –, na graduação, mestrado e doutorado. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo, Espanha. Pesquisador do CEAD – Centro de Estudos Avançados em Direito, Portugal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9986-7813> E-mail: fabio.veiga@ulusofona.pt

² Mestranda em Direito com Especialização na área de ciências Jurídico-Empresariais na Universidade Lusófona do Porto, Portugal. E-mail: analuisa1703@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0009-0006-4115-450X>

que efetivamente deverão se adaptar. A pesquisa inclui análise dos hábitos de consumo na União Europeia e revisão de bibliografia especializada. As conclusões destacam que o consumo sustentável só poderá impulsionar o desenvolvimento sustentável de forma eficaz se houver um esforço conjunto entre políticas públicas, fornecedores e consumidores, garantindo que as escolhas sejam justas e acessíveis para todos.

Palavras-chave: desenvolvimento sustentável; consumo sustentável; informações verdadeiras, Dever de informação, Diretiva União Europeia de maio de 2024; sustentabilidade empresarial; proteção ao meio ambiente e direitos humanos

Abstract: The paper addresses the importance of sustainable development, highlighting sustainable consumption as one of its main aspects. The focus is on the role of the consumer and their habits as essential factors to ensure the continuity of this development. Environmental labeling and energy labeling are public policies that aim to provide more information to consumers, allowing more conscious choices about the products they purchase. However, for this information to be effective, suppliers need to present it clearly and truthfully. On the other hand, companies also have a responsibility for sustainable practices, with the implementation of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D), which imposes greater responsibility on large corporations, but still excludes many medium-sized companies. The article questions the need to expand the scope of this directive, in order to include a greater number of companies. The research includes analysis of consumption habits in the European Union and a review of specialized literature. The conclusions highlight that sustainable consumption can only boost sustainable development effectively if there is a joint effort between public policies, suppliers and consumers, ensuring that choices are fair and accessible for everyone.

Keywords: sustainable development; sustainable consumption; true information, Duty to inform, European Union Directive of May 2024; business sustainability; environmental protection and human rights

Introdução

A mudança para um consumo mais consciente começa com a transformação de hábitos e a ampliação da percepção sobre o impacto das nossas escolhas diárias.

À medida que mais pessoas compreendem os efeitos de cada produto, desde a extração de recursos naturais até seu descarte, cresce a responsabilidade de indivíduos e empresas na busca por práticas sustentáveis.

O impacto ambiental da produção e do consumo pode ser minimizado por meio de ações estratégicas, e a adoção de medidas sustentáveis já é uma exigência crescente. A União Europeia, por exemplo, implementou a Diretiva da Devida Diligência em Sustentabilidade Corporativa (CS3D), que obriga grandes empresas a identificarem, prevenirem e mitigarem impactos ambientais e sociais ao longo de suas cadeias produtivas.

A implementação do desenvolvimento sustentável exige uma abordagem que vá além do crescimento econômico, considerando que as necessidades das gerações atuais e futuras só serão atendidas se houver equilíbrio entre a conservação dos recursos naturais e a garantia de direitos fundamentais, como qualidade de vida, segurança e acesso a oportunidades.

Nesse contexto, o conceito de “consumo sustentável” tornou-se um pilar essencial do desenvolvimento sustentável, ao lado da gestão ambiental de resíduos sólidos e saneamento. Esse conceito ganhou maior visibilidade com a *Agenda 21*, documento produzido durante o evento conhecido como “Eco 92”, ocorrido no Rio de Janeiro em 1992, que reforçou o papel do consumo como um fator determinante na resolução de problemas ambientais.

Este artigo tem como objetivo aprofundar o conceito de consumo sustentável, analisando as atitudes dos consumidores diante do desenvolvimento sustentável e seus comportamentos associados. Além disso, examina os principais fatores que influenciam o consumo sustentável e avalia os impactos ambientais das atividades de consumo, destacando o papel dos consumidores na transição para padrões mais responsáveis.

Com pequenas mudanças no dia a dia, podemos contribuir significativamente para a redução de resíduos, da poluição e do desmatamento, além de frear problemas globais como as mudanças climáticas.

1. A Importância da informação adequada para um consumo consciente

Em um mercado cada vez mais diversificado e dinâmico, a informação adequada tornou-se essencial para que os consumidores tomem decisões seguras e conscientes. O direito à informação clara, precisa e acessível não apenas protege o consumidor de práticas abusivas, mas também fortalece sua autonomia, permitindo que ele avalie produtos e serviços de maneira criteriosa.

A boa-fé dos fornecedores desempenha um papel fundamental nesse processo. Empresas comprometidas com a transparência não apenas cumprem suas obrigações legais, mas também estabelecem uma relação de confiança com o público. Ao fornecer informações completas sobre a composição dos produtos, impactos ambientais, procedência dos materiais e condições de uso, os fornecedores capacitam os consumidores a fazerem escolhas alinhadas com seus valores e necessidades.

Quando os consumidores têm acesso a informações confiáveis, eles podem optar por produtos mais sustentáveis, segurar riscos potenciais e evitar práticas que prejudiquem o meio ambiente ou sua própria saúde. Além disso, um mercado mais informado incentiva a concorrência saudável, estimulando as empresas a adotarem posturas mais responsáveis e inovadoras.

Nesse ínterim, para (Schreiber, 2005), “A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito

protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.”

Assim, o dever de informar está estritamente ligado à boa-fé, que pode ser identificado como decorrente da própria conduta ética, conforme definido por (M a r q u e s , 2 0 0 5): “Como vimos, informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa- fé, é cooperar com o outro, é tornar comum o que era sabido apenas por um”.

Portanto, garantir a informação adequada não é apenas um direito do consumidor, mas uma responsabilidade de toda a cadeia produtiva. A transparência e a boa-fé na comunicação comercial são essenciais para um consumo mais ético, sustentável e justo para toda a sociedade.

2. O Papel dos Governos e suas políticas públicas

As políticas públicas voltadas ao consumo sustentável têm sido adotadas em diversas partes do mundo como forma de fomentar a responsabilidade compartilhada entre governos, empresas e cidadãos. Alguns exemplos incluem:

- Rotulagem Ambiental e Selo Verde: Em muitos países, programas de certificação ambiental, como o selo *Energy Star* (EUA) e o *Procel* (Brasil), informam os consumidores sobre a eficiência energética de eletrodomésticos, incentivando a escolha de produtos que reduzem o consumo de recursos naturais.
- Estratégia da UE para Produtos Sustentáveis Faz parte do *Pacto Ecológico Europeu* e busca prolongar o ciclo de vida dos produtos, promovendo design ecológico, eficiência energética, durabilidade e reciclabilidade. A estratégia visa combater a obsolescência programada e permitir que os consumidores façam escolhas mais informadas.

- Regulamento sobre Rotulagem Energética A UE exige que produtos como eletrodomésticos, lâmpadas e equipamentos eletrônicos tenham etiquetas informando sua eficiência energética, permitindo que os consumidores optem por alternativas que consumam menos eletricidade e reduzam o impacto ambiental.
- Plano de Ação para a Economia Circular Esse plano incentiva a reutilização, reciclagem e redução de resíduos, promovendo modelos de negócios sustentáveis, como o reuso de materiais e a economia compartilhada. Algumas medidas incluem restrições ao plástico descartável e estímulo ao design sustentável.
- Diretiva de Ecodesign Impõe requisitos ambientais mínimos para a fabricação de produtos vendidos na UE, garantindo maior eficiência energética e redução do desperdício de recursos.
- Política Agrícola Comum (PAC) – Incentivos à Produção Sustentável A PAC direciona subsídios agrícolas para produtores que adotam práticas ecológicas, como agricultura orgânica, redução do uso de pesticidas e conservação da biodiversidade.
- Diretiva da Devida Diligência em Sustentabilidade Corporativa (CS3D) – União Europeia: Obriga grandes empresas a identificarem e mitigarem impactos ambientais e sociais ao longo de suas cadeias produtivas, garantindo maior transparência para os consumidores.
- Impostos Verdes: Algumas nações, como a Suécia, aplicam tributações diferenciadas para produtos com menor impacto ambiental, tornando-os mais acessíveis e incentivando práticas de produção e consumo sustentáveis.

Ao integrar políticas públicas eficazes com o dever de informação, cria-se um ambiente em que o consumidor é capacitado a tomar decisões mais conscientes, pressionando o mercado a adotar práticas responsáveis. Assim, a construção de um futuro sustentável depende tanto da regulamentação governamental quanto da

participação ativa da sociedade na escolha por produtos e serviços que respeitem o meio ambiente e os direitos humanos.

2.1. Sistemas de rotulagem ambiental

Segundo (Moura) “Os sistemas de rotulagem ecológica são instrumentos de gestão do ambiente orientados para os produtos, com o objectivo de promover produtos com menores impactos ambientais durante todo o seu ciclo de vida. Estes instrumentos funcionam através do fornecimento de informação aos consumidores, procurando orientar as suas opções de consumo para produtos mais “amigos do ambiente”. As empresas que se esforçam por desenvolver, produzir e/ou comercializar estes produtos vêm assim os seus esforços reconhecidos perante os consumidores, funcionando o rótulo como um instrumento de marketing do produto. A adesão a sistemas de rotulagem ecológica é voluntária. Assim, cabe às empresas candidatarem os seus produtos à atribuição de um rótulo. Para um produto obter o Rótulo Ecológico é necessário satisfazer um conjunto de requisitos de desempenho ambiental, quantitativos e/ou qualitativos (critérios de atribuição), estabelecidos por uma autoridade para o grupo de produtos a que pertence.

Os critérios para atribuição do rótulo ecológico são normalmente desenvolvidos com base em estudos de análise do ciclo de vida dos produtos, a Análise de Ciclo de Vida. A análise de ciclo de vida é uma ferramenta essencial para se compreender e avaliar os impactos ambientais associados a um produto. Nesta análise os impactos ambientais dos produtos são avaliados “do berço à cova”, ou seja, considerando todas as fases do seu ciclo de vida, desde a extracção de matérias primas, passando pela produção, distribuição e utilização, até ao destino final.”

Ainda de acordo com a citada autora, no site do IAPMEI (Instituto de Apoio a pequenas e médias empresas e à inovação)³, o sistema de rotulagem subdivide-se em dois Sistemas conforme pode-se observar:

- Sistema Comunitário de Rótulo Ecológico

A Comunidade Europeia instituiu em 1992 um Sistema Comunitário de Rótulo Ecológico (Regulamento CEE 880/92 de 23 de Março, revisto pelo Regulamento (CE) 1980/2000 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Julho de 2000). O esquema europeu é voluntário, sendo aplicável à generalidade dos produtos, independentemente de serem produzidos na Comunidade Europeia ou importados de Países Terceiros. O Rótulo apenas não é aplicável a bebidas, produtos alimentares, produtos farmacêuticos e produtos com substâncias perigosas. Só podem candidatar-se ao Rótulo Ecológico produtos que tenham critérios ecológicos definidos e publicados no Jornal Oficial das Comunidades. A lista dos produtos para os quais existem critérios estabelecidos está disponível no site da União Europeia sobre o rótulo ecológico - Eco-Label (em inglês).

- Outros Esquemas de Rotulagem Ecológica

Existem esquemas de rotulagem ecológica adoptados noutros países ou conjuntos de países, como, por exemplo, nos Países Nórdicos (Nordic Swan), na Alemanha (Blue Angel), nos EUA (Green Seal) e no Japão (Eco-Mark). Nordic Swan (Países Nórdicos) Blue Angel (Alemanha) Green Seal (EUA) Eco-Mark (Japão).

2.2. A Diretiva 2024/1760 - Diretiva da Devida Diligência em Sustentabilidade Corporativa (CS3D)⁴

A Diretiva de Due Dilligence Corporativa em Sustentabilidade (CS3D) representa um avanço crucial na regulação da responsabilidade corporativa dentro da

³ **Fonte:** <http://www.iapmei.pt/acessivel/iapmei-art-03.php?id=309>

⁴<https://eur-lex.europa.eu/>

União Europeia. Seu objetivo é garantir que as empresas identifiquem, previnam, mitiguem e respondam a impactos adversos sobre os direitos humanos e o meio ambiente em suas cadeias de valor globais. Principais Aspectos da Diretiva⁵:

1. **Dever de diligência:** As empresas precisarão integrar a sustentabilidade em sua governança, mapeando riscos e adotando medidas para minimizar impactos negativos.
2. **Âmbito de Aplicação:** Afeta grandes empresas da UE e também organizações estrangeiras que operam no mercado europeu, dependendo de critérios como faturamento e número de funcionários.
3. **Cadeia de Valor:** Vai além da operação direta das empresas, abrangendo fornecedores e parceiros comerciais.
4. **Consequências e Sanções:** Empresas que não cumprirem as exigências poderão enfrentar penalidades financeiras e ações judiciais.
5. **Conexão com ESG:** A CS3D se alinha com a crescente exigência de transparência e responsabilidade em fatores ambientais, sociais e de governança (ESG).

Essa diretiva exige uma mudança significativa na forma como as corporações lidam com suas responsabilidades socioambientais.

Essa diretiva exige uma mudança significativa na forma como as corporações lidam com suas responsabilidades socioambientais.

A Diretiva de Due Diligence Corporativa em Sustentabilidade (CS3D) impacta diversos setores econômicos, mas alguns serão mais afetados devido à complexidade de suas cadeias de suprimentos e ao risco elevado de violações

⁵⁵https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2024/05/24/corporate-sustainability-due-diligence-council-gives-its-final-approval/?utm_source=chatgpt.com

socioambientais, assim, as Empresas deverão adotar um processo robusto para corresponder aos deveres legais impostos pela Diretiva a fim de evitar as sanções.

3. Conscientização do Consumidor pelo mundo

Segundo (Ana Tereza Caceres Cortez, 2007) “A sociedade moderna incentiva o consumo desenfreado, com aquisição de artigos supérfluos e descartáveis. O Status da pessoa é medido pelo que ela consome e não pelo que possa ser necessário e útil a vida do cidadão. Um exemplo de consumismo desenfreado é o caso dos Estados Unidos, cujo consumo per capita de lata de alumínio era em 1997, de 375 unidades/m³es, enquanto no Brasil alcançava a marca de 10 unidades/m³es (Instituto de Educação e Pesquisa Ambiental, 1997) No entanto, sabemos que, a cada dia, os brasileiros jogam fora bilhões de embalagens de produtos, que se tornam um problema ambiental muito sério: à medida que as cidades crescem, torna-se mais difícil encontrar espaços para disposição desses materiais”

Corroborando com a ideia, (Moura A. P., 2009), explana sobre a situação na Europa no seguinte sentido “Muito embora os consumidores, e em particular os consumidores europeus apresentem atitudes amigas do ambiente, esta avaliação não se traduz, posteriormente em ações, sendo que as pessoas se definem pelo que compram e pelo significado que atribuem aos bens e serviços que adquirem, não abdicando do conforto que os mesmos acarretam” e ainda continua “Por outro lado, o sentimento de que o comportamento adoptado contribui para a resolução efectiva do problema promove a aplicação de práticas sustentáveis, gratificando o esforço desenvolvido pelas pessoas. Importa pois transmitir às pessoas que a problemática ambiental diz respeito a todos nós, influencia todos os aspectos do mundo em que vivemos e de que depende a nossa sobrevivência. Contudo, de acordo com os resultados do Eurobarómetro *The Attitudes of European Citizens Towards Environment*, os europeus consideram que a protecção do ambiente está essencialmente a cargo das grandes empresas (fazendo prevalecer o princípio do poluidor-pagador), relegando para segundo plano o esforço individual para melhorar o ambiente”

Conclusão

A promoção do consumo sustentável é uma responsabilidade compartilhada entre governos, empresas e, sobretudo, consumidores. A Diretiva 1760, ao estabelecer diretrizes que obrigam as empresas a adotarem práticas sustentáveis e ampliar a transparência sobre a origem e os impactos de seus produtos, representa um avanço significativo na regulação do mercado. No entanto, tais políticas públicas, por mais eficientes que sejam, não podem ser vistas como um substituto para a conscientização e a ação individual dos consumidores.

O papel do consumidor na construção de um mercado mais sustentável vai além da mera observância às informações fornecidas pelas empresas. É essencial que ele adote uma postura crítica e responsável em suas escolhas, considerando os impactos ambientais, sociais e econômicos dos produtos que consome. A sustentabilidade não deve ser uma imposição externa, mas sim uma decisão consciente que permeia hábitos cotidianos, desde a escolha de produtos com menor pegada ecológica até a valorização de marcas comprometidas com práticas éticas.

Além disso, a dependência excessiva de políticas públicas pode gerar um efeito adverso, levando os consumidores a uma postura passiva diante da sustentabilidade. Ainda que regulamentações sejam fundamentais para estabelecer um padrão mínimo de responsabilidade empresarial, é a demanda informada e engajada do consumidor que impulsiona a transformação do mercado. Quando indivíduos priorizam produtos sustentáveis, incentivam as empresas a investirem cada vez mais em soluções responsáveis e inovadoras.

Portanto, o consumo sustentável deve ser compreendido como um processo dinâmico, no qual a legislação atua como um facilitador, mas a decisão final cabe ao consumidor. Somente por meio de escolhas conscientes e responsáveis será possível alcançar um modelo econômico verdadeiramente sustentável, onde

empresas e consumidores atuam de forma conjunta na preservação do meio ambiente e no respeito aos direitos humanos. O futuro do planeta depende, em grande parte, do compromisso individual de cada consumidor com a sustentabilidade.

Referências

Ana Tereza Caceres Cortez, S. A. (2007). *Consumo sustentável: Conflitos entre necessidade e desperdício*. São Paulo: Editora Unesp.

Marques, C. L. (2005). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Moura, A. P. (2009). *Dinâmicas de Consumo, consumo e Ambiente*. Universidade Aberta.

Moura, A. P. (s.d.). *Consumo e desenvolvimento sustentável*. Lisboa: Universidade Aberta.

Popper, K. R. (1982). *Conjecturas e Refutações: o progresso do conhecimento científico* tradução de Sergio Bath. Brasília: Universidade de Brasília.

Schreiber, G. T. (2005). *PA squalotto Adalberto er Pfeiffer Roberto (coords). O CDC e o CC - convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais RT.

Sites:

<https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2024/05/24/corporate-sustainability-due-diligence-council-gives-its-final-approval/>

<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20240419IPR20585/dever-de-diligencia-pe-adota-regras-para-defender-direitos-humanos-e-ambiente>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32024L1760&qid=1740511409769>

CENTRO DE NEGOCIAÇÃO PREVENTIVA EM SAÚDE NO ESPÍRITO SANTO, BRASIL: INOVANDO POR UMA REGULAÇÃO DO ACESSO MAIS JUSTA

*Preventive Health Negotiation Center in Espírito Santo, Brazil: innovating for fairer access
regulation*

Fabrizio Santos Neves¹
SESA/ ICEPi

Cristiano Luiz Ribeiro de Araújo²
SESA/ ICEPi

DOI: <https://doi.org/10.62140/FNCA8742025>

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve panorama da judicialização da saúde no Espírito Santo; 3. Consensualidade na Administração capixaba e a inserção da Saúde; 4. Fluxo e principais regras para implementar o projeto piloto do Centro de Negociação Preventiva em Saúde; 5. O Centro de Negociação Preventiva em Saúde em números; 6. Considerações Finais; Referências bibliográficas

Resumo: a judicialização da saúde pública no Espírito Santo constitui um importante problema para Gestão; no triênio 2022-24 a Secretaria de Estado da Saúde - SESA foi intimada em 39.518 demandas e teve um custo efetivo de R\$ 389.113.503,31 só para o cumprimento dispositivo. Dentre as principais demandas, o acesso à serviços regulados têm preponderância. Concomitantemente em 2022 o Estado instituiu uma política de consensualidade no âmbito da Administração, possibilitando diretrizes para solução de conflitos nos seus setores. Neste cenário, e

¹ Graduado em Enfermagem (UESC, 2004) e Direito (UFES, 2022). Especialista em Saúde Coletiva (ICEPi, 2022) e Direito Sanitário (IDISA/ FACAMP, 2023 e FIOCRUZ, 2024). Lattes iD: 2715981913714316. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5894-6320>. E-mail: fabricioneves@saude.es.gov.br

² Graduado em Serviço Social (UFES, 2006) e graduando em Direito (FESV). Especialista em Administração Pública (UGF, 2010), Gestão Pública (IFES, 2015) e Processos Gerenciais para a Integração e Sinergia de Processos no SUS (HAOC, 2022). M.e em Política Social (UFES, 2014). Lattes iD: 4541350485666223. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5548-1433>. E-mail: cristianolra@outlook.com

numa tentativa inovadora de dirimir estas questões, em 2023 foi implantado o Centro de Negociação Preventiva em Saúde - CNPS. Deste modo, o Centro recebe demandas para consultas e exames e solicitações por leitos clínicos, acolhidos por órgãos do sistema de Justiça, sobretudo Defensorias Públicas e Promotorias de Justiça, diligenciando para que o usuário possa ter uma solução mais célere e a judicialização possa ser mitigada. Após recebimento da demanda, o Centro provê meios junto à estrutura institucional da Secretaria, para que diante fluxos regulatórios diferidos, as soluções sejam apresentadas e o efetivo retorno dado ao órgão demandante. **Problema proposto:** Tem sido efetiva a atuação do CNPS para ajudar a mitigar o fenômeno da judicialização da saúde no Estado? **Objetivo da investigação:** Mensurar, por meio de análise de dados, a atuação do CNPS. **Metodologia de pesquisa:** Sob método indutivo, trata de estudo quantitativo, aplicado e descritivo a partir do cotejo dos dados de cadastro e tramitações dos processos, disponíveis na plataforma utilizada pela SESA. **Resultados:** Para as requisições de internação em leitos, a partir da iniciativa, foram registradas 1.167 requisições e destas 898 acarretaram em internações, perfazendo um aproveitamento de 76,95% em êxito. Já nas solicitações para consultas e exames, diversas são as possibilidades de retorno ao demandante, dada inúmeras situações possíveis no Sistema, desta forma já foram dirigidas 2.053 respostas, das quais o Centro tramitou 1.164 solicitações autorizadas e por sua vez 52,32% conseguiram êxito na agenda, perfazendo assim seu aproveitamento. **Principais conclusões:** Nas modalidades tratadas pelo Centro, temos um retorno que ultrapassa os 64,6% de êxito, quando num universo de mais de 37% das demandas com o perfil já usam este meio como primeira escolha. A iniciativa negocial e um fluxo regulatório adaptado à estas situações então tem um ambiente propício para sua consolidação, sendo que já se observa um avanço na adesão à proposta, sobretudo na aquiescência dos órgãos que são seu público-alvo.

Palavras-chave: Resolução de Conflitos; Acesso Efetivo aos Serviços de Saúde; Judicialização da Saúde; Justiça.

Abstract: the judicialization of public health in Espírito Santo is a major problem for the Administration; in the 2022-24 triennium, the State Health Department was summoned in 39,518 lawsuits and had an effective cost of R\$ 389,113,503.31 just for compliance with the provision. Among the main demands, access to regulated services prevails. Concomitantly, in 2022, the State instituted a consensus policy within the Administration, enabling guidelines for resolving conflicts in its sectors. In this scenario, and in an innovative attempt to resolve these issues, in 2023, the Preventive Negotiation Center in Health was implemented. The Center receives requests for consultations and exams and requests for clinical beds, which are accepted by agencies of the Justice system, especially Public Defender's Offices and Public Prosecutor's Offices, and works to ensure that the user can have a faster solution and that the judicialization can be mitigated. After receiving the request, the Center provides means within the institutional structure of the Secretariat, so that, in the face of deferred regulatory flows, solutions can be presented

and an effective response given to the requesting agency. **Proposed problem:** Has the Center's performance been effective in helping to mitigate the phenomenon of the judicialization of health in the state? **Objective of the research:** Measure, through data analysis, the performance of the Center. **Research methodology:** Using an inductive method, this is a quantitative, applied, and descriptive study based on the comparison of registration data and process progress, available on the platform used by the Department. **Results:** For requests for hospitalization in beds, 1,167 requests were registered for the initiative, and of these, 898 resulted in hospitalizations, totaling a success rate of 76.95%. As for requests for consultations and exams, there are several possibilities for returning to the requester, given the numerous possible situations in the System. Thus, 2,053 responses have already been sent, of which the Center processed 1,164 authorized requests and, in turn, 52.32% were successfully scheduled, thus totaling their use. **Main conclusions:** In the modalities handled by the Center, we have a success rate of over 64.6%, when in a universe of more than 37% of the demands the profile already uses this method as the first choice. The negotiation initiative and a regulatory flow adapted to these situations therefore have an environment conducive to its consolidation, and progress has already been observed in the adhesion to the proposal, especially in the acquiescence of the agencies that are its target audience.

Keywords: Resolving Conflicts; Effective Access to Health Services; Health's Judicialization; Justice.

1. INTRODUÇÃO

A consolidação da Carta Magna de 1988 pode ser refletida na medida de que o cidadão, num processo de evolução civilizatória, ciente dos seus direitos, passa a usar das ferramentas legais como forma de garantir o que lhe faz jus. No caso da judicialização da saúde no Brasil, acha-se cimentado o direito fundamental por acesso à Justiça³ e o direito social à Saúde⁴. Deste modo, é crescente a busca pelo Judiciário para assegurar o acesso a tratamentos, procedimentos e medicamentos, funcionando efetivamente na proteção dos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS, sobretudo quando há falha no dever prestacional estatal.

³ Constituição Federal de 1988 - CRFB. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴ CRFB. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

No entanto, acompanhado do avanço do pleno exercício da cidadania, no caso da judicialização da saúde, outros desafios podem ser identificados, sobretudo no que se refere ao possível desequilíbrio entre a satisfação das demandas individuais em detrimento das coletivas, ameaça direta ao princípio da equidade⁵. A maior parte das decisões enfrentam solicitações individuais, aqui sem julgar o mérito e a justeza do *decisum*, que podem gerar no Sistema significativos impactos orçamentários e logísticos, além de comprometer as ações programáticas e por consequência também enredar repercussões danosas aos princípios da universalidade⁵ e da integralidade⁶.

Deste modo, no mesmo panorama de constitucionalização, aqui do processo civil⁷, a possibilidade de adoção dos métodos alternativos para resolução de conflitos⁸ surge como um meio promissor para mitigar os efeitos negativos da judicialização da saúde. Esses aparatos favorecem para que os usuários e os gestores se aproximem dialogicamente para compor as próprias soluções, sem a intervenção do Estado-juiz.

É neste cenário que o Espírito Santo instituiu a Política da Consensualidade no âmbito da Administração Pública Estadual Direta e Indireta e por meio dela vem implantando os Centros de Negociação Preventiva, os quais objetivam reduzir a litiosidade, estimular a solução consensual (e assim o desfecho adequado das controvérsias) e fomentar a cultura da consensualidade na Administração.

O Centro de Negociação Preventiva em Saúde - CNPS está funcionando desde maio de 2023, num projeto piloto que atende demandas de internações clínicas e consultas e exames ambulatoriais, em momento pré-processual, e a partir de sua

⁵ CRFB. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso **universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. [g.n.]

⁶ CRFB. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

II - **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [g.n.]

⁷ Código de Processo Civil de 2015 - CPC. Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁸ CPC. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

(...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

concretização se questiona se tem sido efetiva a atuação do mesmo para, de algum modo, ajudar a mitigar o fenômeno da judicialização da saúde no Espírito Santo.

Hipoteticamente, se mensura que a efetivação da iniciativa possibilita um horizonte profícuo para aplacar o fenômeno da judicialização da saúde, devendo inclusive ser ampliado para outras demandas, tendo em vista que por meio da negociação dialógica a satisfação prestacional pode ser adimplida de modo mais célere e menos burocrático, além de não afetar as ações programáticas e os princípios precípuos, haja vista atender as solicitações, sob critérios, administrativamente e dentro da programação preexistente, suficiente para o usuário - na sua complexidade - e na dinâmica da Gestão - conforme seu plano.

Assim, este trabalho (lacônico), além de relatar a experiência da implantação do CNPS, objetiva mensurar, por meio de análise de dados, a sua atuação até o final do ano de 2024.

Sob método indutivo, metodologicamente, trata de estudo quantitativo, aplicado e descritivo a partir do cotejo dos dados de cadastro e tramitações dos processos, disponíveis na plataforma⁹ de gestão de demandas judiciais em saúde, utilizada pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA.

2. BREVE PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESPÍRITO SANTO

O fenômeno da judicialização da saúde no Espírito Santo acompanha o panorama nacional, constituindo um importante problema para a Gestão posto que impacta significativamente nas ações programáticas, sobretudo pelo volume de demandas e os consequentes dispêndios para seu atendimento.

No triênio de 2022-24 a SESA foi requisitada 39.518¹⁰ vezes entre intimações judiciais e solicitações extrajudiciais, situação que só é possível lidar diante

⁹ A SESA utiliza a plataforma OnBase® desde o final de 2013 para registro e tramitação digital das demandas judiciais e extrajudiciais internamente. Vide: <https://www.hyland.com/pt/solutions/products/onbase>

¹⁰ Nota metodológica: todos os quantitativos de processos ou procedimentos dispostos neste trabalho têm a mesma fonte, o. s., a plataforma OnBase®, 2025.

a estruturação especialmente prevista para a Secretaria de Estado e também para a Procuradoria-Geral do Estado - PGE.

Desde 2021 a estrutura da Secretaria conta com a Gerência de Demandas Judiciais em Saúde - GEDEJ¹¹, a qual precipuamente deve “promover, no âmbito da SESA, o atendimento de demandas judiciais e extrajudiciais que tenham por objeto a assistência à saúde”. Contudo se faz oportuno pontuar que as demandas, anteriormente, sobretudo até 2017, eram acolhidas pelo Gabinete do Secretário que diligenciava no mesmo sentido. No avançar do quantitativo de intimações e na sua complexidade, um anexo do Gabinete, então chamado de setor de “Mandados Judiciais”, passou a ser assimilado, tacitamente, na estrutura da Gestão.¹²

Já em 2018, ainda informalmente, a então futura Gerência passou a ser chamada de “Setor de Judicialização”, até 2021 quando passou a compor o organograma oficialmente. Além da estrutura de uma central na sede administrativa da Secretaria, os principais setores e unidades da Administração direta, na rede da SESA, organizam-se em núcleos que dão conta de cumprir efetivamente as demandas.

Concomitantemente, a PGE desde 2016 conta com a Procuradoria da Saúde¹³ no seu organograma, a qual deve “representar judicialmente o Estado, suas autarquias e fundações públicas, nas ações que tenham por objeto o direito à saúde, no âmbito da Justiça Federal e da Justiça Estadual”.

Quanto aos custos, no mesmo triênio em destaque, as despesas pagas apontam para um importe de R\$ 389.113.503,31¹⁴. Deste montante, 58,88% correspondem a valores dispensados para a compra de medicamentos demandados por via judicial, sendo então este o subelemento escriturário com maior dispêndio registrado no cumprimento dispositivo, qualitativamente evidenciando a categoria.

¹¹ Decreto Estadual n. 4974-R, de 29 de setembro de 2021.

¹² NOBRE, Andrea Maria Nunes. NEVES, Fabrício Santos. Vivências do setor de judicialização da SESA na pandemia da covid-19: reflexões, teletrabalho e a relação com a jurisdição. In: SANTOS, Fabiano Ribeiro dos; ROCHA, Italo dos Santos; GUARNIERI, Jaqueline Miotto; PORTES, Virgínia de Menezes Portes (Orgs.). *Gestão do trabalho nas redes de saúde: aprendizagens no desenvolvimento do Sistema Único de Saúde no Espírito Santo*. Porto Alegre: Rede Unida, 2022. p. 173.

¹³ Decreto Estadual n. 3965-R, de 19 de abril de 2016.

¹⁴ Nota metodológica: todos os valores financeiros dispostos neste trabalho têm a mesma fonte, o. s., o Sistema Integrado de Gestão das Finanças Públicas do Espírito Santo - SIGEFES, 2025.

É conveniente anotar que estes valores são destacados para aquisição de bens, insumos e serviços que extrapolam a estrutura já disponível na rede de assistência, até porque em grande parte são fundadas em prescrições que estabelecem medicamentos e produtos não padronizados no SUS. Naquilo que a demanda encontra equivalência na rede de serviços essa atenderá prontamente e esse valor não é estratificado para fins fiscais, no elemento contábil que dá conta exclusivamente do cumprimento das decisões judiciais.

Sendo que as ações que versam sobre o acesso a medicamentos são as mais dispendiosas, as diligências em torno do Sistema de Regulação são os mais numerosos. As solicitações para transferências e internação em leitos clínicos contabilizaram, no mesmo triênio, o quantitativo de 5.204 requisições; já para o atendimento ambulatorial de consultas e exames temos um acumulado de 10.471 demandas no mesmo período. Comparativamente, sob a totalização dessas categorias, se observa que corresponde a 39,67% do total das demandas, lembrando que judiciais e extrajudiciais. Assim, criticamente, se pode inferir que o acesso a serviços regulados (no caso leitos clínicos, consultas e exames) têm preponderância quantitativa sobre os demais e tecnicamente, estrategicamente para Gestão, aponta para vazios assistenciais que devem ser prioritariamente observados.

Ainda nesse cotejo, para a tratativa deste estudo, vale destacar que do total das demandas categorizadas para cumprimento no Sistema de Regulação, 37,03% já são extrajudiciais, o que preliminarmente já indica um potencial para solução administrativa, seja da própria Gestão, seja por vocação dos órgãos jurisdicionados que demandam para este fim.

3. CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO CAPIXABA E A INSERÇÃO DA SAÚDE

Por meio da Lei Complementar n. 1101, de 6 de abril de 2022 foi instituída a Política da Consensualidade no âmbito da Administração Pública Estadual Direta e Indireta que nas suas diretrizes objetiva principalmente: (a) “prevenir e reduzir a litigiosidade administrativa e judicial”; (b) “estimular a solução adequada de

controvérsias”; (c) “promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e (d) “fomentar a cultura de gestão pública consensual, coparticipativa e transparente na busca por soluções negociadas, com redução de conflitos e de disputas”.

Nesta perspectiva o Espírito Santo acompanha uma tendência nacional posto que tem se “incentivado cada vez mais a adoção de meios alternativos para solução de conflitos, como resposta à crise vivida pelo Poder Judiciário, inapto a sua principal função”, por conseguinte, mais que qualquer diploma legal, faz-se necessário uma mudança sistemática com a contribuição de todos envolvidos para que se consolide o acesso à Justiça, diga-se garantia fundamental.¹⁵

Para dar provimento às suas diretrizes, a referida Lei também criou a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo - CPRACES, sendo a mesma “o órgão central da Política de Consensualidade”. Compete a mesma sobretudo: (a) “dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública estadual direta e indireta” e (b) “avaliar a admissibilidade e instaurar procedimentos de resolução consensual de conflitos que envolvam pessoa física ou jurídica, pública ou privada, e a administração pública estadual direta e indireta”.

Também ficou definido, pelo diploma legal, que sob a coordenação da Câmara “os órgãos e as entidades estaduais deverão instituir Centros de Negociação Preventiva”.

Importante ressaltar que a tradição dogmática do Direito Administrativo confundia a consensualidade na prática da Administração, sob o entendimento a mesma deveria tão somente executar comandos legais, não devendo esses serem objeto de ajustes, possíveis acordos e até negociação, sob a pena da deturpação de sua finalidade e violação da estrita legalidade. Este paradigma foi modificado com o advento do Estado Democrático de Direito, sendo que a partir de então o ideal democrático passa a ser consagrado com a participação popular. Verifica-se então a

¹⁵ SILVA, Marcos Claro da; MUNIZ, Tânia Lobo Muniz. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. *Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 39, dez. 2018. p. 307.

horizontalidade nas relações entre o administrado e “a Administração, a partir da noção de uma Administração Dialógica, que dialoga com os cidadãos, os quais, por sua vez, passam a reivindicar o direito à uma boa Administração.”¹⁶

Concomitante a isso, a SESA, por meio do Instituto Capixaba de Ensino Pesquisa e Inovação instituiu o Laboratório de Inovação em Direito à Saúde¹⁷ para apoiar a GEDEJ nas suas atividades, visando a construção disruptiva e inovadora de soluções para mitigar o fenômeno da judicialização da saúde no Estado. Destarte, na previsão das atividades a serem desenvolvidas pelo Laboratório, já se achava contemplada, no eixo de “inovação e integração institucional”, a demanda pela busca de “soluções institucionais para a mediação administrativa de conflitos na saúde”.

Dáí surge o CNPS¹⁸, sob a consultoria do Laboratório e a coordenação da CPRACES, tendo seu projeto piloto implementado a partir de maio de 2023 e sendo instituído, no final do mesmo ano, para iniciar suas atividades - oficialmente - em março de 2024.

Constitui dever às autoridades públicas e aos órgãos integrantes do sistema de Justiça, a resolução adequada de conflitos, com o menor custo de recursos humanos e materiais, bem como em tempo razoável, buscando permanentemente pela expansão e o aperfeiçoamento das políticas públicas com vistas a essas demandas, até porque se constata que a litiosidade envolvendo o Estado tem impacto considerável no congestionamento do Poder Judiciário sendo, a utilização de métodos complementares de solução de conflitos, uma forma de mitigar o problema.¹⁹

Por fim entende-se que a atuação flexibilizada da Administração, sob a égide da consensualidade e materializada “por meio da celebração de negócios jurídicos processuais, converge ao modelo de gestão dialógica, pautada no diálogo com o

¹⁶ BORGES, Grazielly Almeida. Modelos não adversariais de solução de conflitos sob o prisma da Administração Pública consensual. *Rev. Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 2, 2022. p. 4.

¹⁷ Portaria ICEPi n. 005-R, de 31 de março de 2022.

¹⁸ Portaria Conjunta SESA/ PGE n. 01, de 26 de dezembro de 2023.

¹⁹ CARVALHO, Silzia Alves; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. A atuação da advocacia pública na solução consensual dos conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil. *Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Goiânia, v. 5, n. 1, jan.-jun. 2019. p. 40-41.

cidadão”, que objetiva a resolução de problemas cotidianos de maneira a atingir a efetividade e a satisfação.²⁰

4. FLUXO²¹ E PRINCIPAIS REGRAS PARA IMPLEMENTAR O PROJETO PILOTO DO CENTRO DE NEGOCIAÇÃO PREVENTIVA EM SAÚDE

Apesar de já haver avençado um rol de demandas a ser negociada no Centro, num projeto piloto, ficou definido que inicialmente seriam tratadas demandas para transferências e internações em leitos hospitalares e para consultas e exames ambulatoriais especializados. Para registro, em etapas futuras deverá também ser contemplado a negociação para acesso a: i. cirurgias; ii. medicamentos e insumos de competência do componente especializado estadual; iii. internações psiquiátricas voluntárias; iv. tratamento fora do domicílio e v. internação domiciliar.

Para efeito de anotação didática e análise metodológica, neste relato, o projeto piloto está compreendido de 10 de maio de 2023 a 29 de fevereiro de 2024 e a partir de então trata do momento “inaugural” das atividades, na busca da solução consensual das categorias destacadas acima.

A fundamentação para as tratativas se dá em torno dos Enunciados n. 46²² - para internações hospitalares e n. 93²³ - para consulta e exames ambulatoriais, do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. No primeiro fica definido que para ser admitida a demanda, o paciente deverá estar

²⁰ RIBEIRO, Andrielly Calheiros; SILVA, Roberta Cruz da Silva. Consensualidade nos processos administrativos: adoção de negócios processuais como instrumento de democratização das decisões. In: LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A Democracia Constitucional e seus inimigos: desafios do século XXI*. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 39.

²¹ Disponível em: <https://app.wiki.saude.es.gov.br/gedej/cnps.pdf>. Acesso em fev. 2025.

²² CNJ/ FONAJUS. Enunciado n. 46. Nas ações judiciais para as transferências hospitalares deve ser verificada a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e priorização.

²³ CNJ/ FONAJUS. Enunciado n. 93. Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se inefetiva essa política caso não existente prestador na rede própria, conveniada ou contratualizada, bem como a excessiva espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos.

inserido no Sistema de Regulação e aguardando por diligência neste sentido; já o segundo ratifica que para consultas e exames um prazo razoável, para que se dê a diligência administrativa, é de 100 (cem) dias, sendo que acima disso se subentende a falha prestacional.

As demandas preferencialmente devem ser encaminhadas, via sistema de peticionamento eletrônico próprio²⁴, pelas Defensorias Públicas, órgãos do Ministério Público e Juizados Especiais da Fazenda Pública (em situações que ainda não foram deferidas decisões liminares de concessão do pleito autoral).

As demandas para internação clínica, após recepcionadas no sistema, são tramitadas para o Núcleo Especial de Regulação de Internação da Gerência de Regulação Hospitalar que irá acolher e avaliar a demanda para ofertar uma resposta ao demandante, no tempo máximo de 72h.

Já as solicitações para consultas e exames ambulatoriais, vez que recepcionadas, são dirigidas aos Núcleos de Regulação do Acesso das Superintendências Regionais de Saúde, que num fluxo ordinário deverá reordenar as demandas na sua *abrangência regional* e de modo administrativo, tentar otimizar oportunidades de agenda. Após 21 (vinte e um) dias, não obtendo sucesso na marcação, esta demanda é redirecionada para a Gerência de Regulação Ambulatorial Especializada, para que antes de completar 30 (trinta) dias da solicitação ao Centro deverá, na *abrangência estadual*, administrativamente, tentar resolver a demanda e retornar resposta no sistema.

Nas requisições para internação hospitalar o objetivo é sempre o leito disponibilizado e a transferência efetivada. Nas solicitações para consultas e exames a premissa maior é pela agenda do procedimento - sempre que já autorizadas no Sistema de Regulação, contudo nuances outras, dada complexidade da regulação ambulatorial, são também efetivas e até esclarecedores, podendo inclusive prover outros deslindes de melhor proveito para o usuário. Importante é que independente do teor da resposta, mesmo que negativa, ela deve ser dada no prazo estipulado.

²⁴ Disponível em: <https://conteudo.saude.es.gov.br/smartportalcnps/>. Acesso em fev. 2025.

Neste fluxo, o Centro acolhe e qualifica a demanda, direciona ao setor competente na estrutura da SESA, acompanha e recolhe a resposta e por fim direciona a solução ao órgão demandante, sempre atento ao prazo. Importante salientar que os prazos são estipulados pela Portaria. Supostamente, uma solução célere, dado por fluxos regulatórios aqui diferidos, acolhe a pretensão autoral, resolve por meio de suas tratativas e o efetivo retorno mitiga a possível demanda judicial.

Também importante salientar que durante a implementação e transcurso do projeto foi possibilitada algumas readaptações no fluxo, sobretudo do ambulatorial, seja para otimizar as agendas, seja para prover melhores respostas, contudo os prazos e premissas previstas na Portaria foram mantidas sem qualquer alteração.

Outra questão se reporta à adesão dos órgãos à iniciativa, que vem sendo dado de modo paulatino e crescente, o que vai variar sobretudo no número e momento das solicitações enviadas, bem como na utilização do sistema de peticionamento. Do público-alvo objetivado, apenas os Juizados Especiais da Fazenda Pública ainda não utilizam da estrutura do Centro.

5. O CENTRO DE NEGOCIAÇÃO PREVENTIVA EM SAÚDE EM NÚMEROS

Nas solicitações para transferência e internações hospitalares, no projeto piloto, foi computado um total de 411 solicitações das quais 78,10% foram efetivamente internadas. Já nos pedidos de consultas e exames especializados, o êxito foi de 68,77% em 821 demandas recebidas, das quais 397 estavam aptas para o fluxo, ou seja, autorizadas.

No período a partir de 1.º de março de 2024 até o final do ano, foram admitidas mais 756 demandas para leitos clínicos, das quais 76,32% tiveram sua transferência efetivada. No mesmo período o Centro recebeu 1.232 requisições para consultas e exames ambulatoriais, estando 767 autorizadas, das quais, ato sequente, foram marcadas 43,81%.

No cômputo total, 3.220 solicitações foram atendidas, tramitadas por meio dos órgãos jurisdicionados, pelo CNPS. Do total, 2.231 passaram pelo fluxo e se obteve um percentual total de 64,65% de êxito na iniciativa.

Importante salientar que o Ministério Público do Estado do Espírito Santo é o principal demandante, estando também em franca evolução a participação da Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo. Por seu turno, a participação da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal são evidenciadas, porém muito insipientes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da hipótese da efetiva mitigação do fenômeno da judicialização da saúde, o período de análise é ainda insuficiente para sua comprovação, contudo, o êxito observado na oferta das categorias atendidas é bastante expressivo e também animador para um futuro próximo.

A adesão de outras categorias deverá se dar progressivamente e em lógica similar a das suas antecessoras, visto que a consolidação da iniciativa tem mostrado asserto na metodologia e estratégia utilizada para sua implementação.

A expectativa é que os órgãos jurisdicionados aquiesçam cada vez mais ao Centro, tendo em vista o êxito observado, a celeridade das respostas e a atenção aos prazos pactuados.

Os principais desafios ficam em torno ainda da resistência de parte significativa dos atores envolvidos, como alguns Defensores e Promotores de Justiça, bem como a baixa disseminação da política da consensualidade no Estado, haja vista novel da sua adoção pela Administração.

De qualquer modo, a iniciativa já se mostra promissora e uma experiência de inovação na Gestão da Saúde. A propensão é que sua consolidação possa aproximar a prática do SUS capixaba dos princípios doutrinários constitucionais, assomado à justiça social promovida, quando da acolhida do usuário/cidadão na sua pretensão de defesa dos direitos estatuídos.

Ainda cabe o registro de que o CNPS foi agraciado com o primeiro lugar no Prêmio Justiça e Saúde do CNJ na edição de 2024, na categoria poder público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Sílzia Alves; LIMA, Rafael Carvalho da Rocha. A atuação da advocacia pública na solução consensual dos conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil. *Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 21-42, jan.-jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9679/2019.v5i1.5440>. Acesso em: fev. 2025.

BORGES, Grazielly Almeida. Modelos não adversariais de solução de conflitos sob o prisma da Administração Pública consensual. *Rev. Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 1-27, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p01-27>. Acesso em: fev. 2025.

NOBRE, Andrea Maria Nunes. NEVES, Fabrício Santos. Vivências do setor de judicialização da SESA na pandemia da covid-19: reflexões, teletrabalho e a relação com a jurisdição. In: SANTOS, Fabiano Ribeiro dos; ROCHA, Italo dos Santos; GUARNIERI, Jaqueline Miotto; PORTES, Virgínia de Menezes Portes (Orgs.). *Gestão do trabalho nas redes de saúde: aprendizagens no desenvolvimento do Sistema Único de Saúde no Espírito Santo*. Porto Alegre: Rede Unida, 2022. p. 170-188. Disponível em: <https://doi.org/10.18310/9786554620284>. Acesso em: fev. 2025.

RIBEIRO, Andrielly Calheiros; SILVA, Roberta Cruz da Silva. Consensualidade nos processos administrativos: adoção de negócios processuais como instrumento de democratização das decisões. In: LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *A Democracia Constitucional e seus inimigos: desafios do século XXI*. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 19-41.

SILVA, Marcos Claro da; MUNIZ, Tânia Lobo Muniz. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. *Rev. da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 39, p. 288-311, dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.77524>. Acesso em: fev. 2025.

PERFIL DAS AÇÕES JUDICIAIS RELACIONADAS À INTERNAÇÃO EM SAÚDE MENTAL CONTRA A SECRETARIA DE SAÚDE DO ESPÍRITO SANTO (2022-2023)

*Profile of legal actions related to mental health hospitalizations against the Health Department of
Espírito Santo (2022-2023)*

Cristiano Luiz Ribeiro de Araujo¹

Universidade Federal do Espírito Santo

Ricardo de Lima Soares²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DOI: <https://doi.org/10.62140/CARS8882025>

Sumário – 1. Introdução – 2. O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil e no Espírito Santo. – 3. Saúde mental no Brasil: emergência e desafios. – 4. Políticas públicas de saúde mental: legislação e implementação no Espírito Santo. – 5. Análise das demandas judiciais em saúde mental no Espírito Santo. – 6. Conclusão. – Referências Bibliográficas.

¹ Assistente Social, Mestre em Política Social (UFES/ ES). ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-5548-1433>. E-mail: cristianolra@outlook.com.

² Assistente Social Judiciário, Doutorando em Serviço Social (PUC-SP). ORCID iD: <http://orcid.org/0009-0001-4933-3661>. E-mail: ricardoservicosocial@gmail.com.

Resumo: Este estudo analisa o perfil das ações judiciais relacionadas à internação em saúde mental contra a Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo nos anos de 2022 e 2023. A pesquisa busca compreender as características dessas demandas e suas implicações para a gestão pública da saúde mental no estado. Utilizando uma abordagem metodológica mista, o estudo combina análises quantitativas e qualitativas de dados coletados do sistema de gerenciamento de demandas judiciais da Secretaria de Saúde, bem como de documentos institucionais e legislação pertinente. Os resultados revelam um aumento no número de processos judiciais de internação em saúde mental. Este aumento foi acompanhado por um incremento nos gastos com internações judiciais. Os achados nesta pesquisa apontam para a necessidade de: fortalecer a rede de atenção psicossocial, especialmente em municípios menores e na região sul do estado; investigar as razões para a alta taxa de internações judiciais em municípios específicos; melhorar a integração entre os serviços de saúde mental e o sistema judiciário, e; desenvolver estratégias para reduzir a judicialização, como a implementação de protocolos de atendimento e a capacitação de profissionais. Aparecem como limitações deste estudo a falta de informações sobre raça/cor dos pacientes e a ausência de uma análise aprofundada das razões clínicas para as internações. Porém, pesquisas futuras poderiam abordar esses aspectos, além de investigar o impacto das internações judiciais na trajetória de cuidado dos pacientes e na efetividade do tratamento. Assim, este estudo fornece informações que podem contribuir com o campo do conhecimento sobre o fenômeno da judicialização da saúde mental no Espírito Santo, oferecendo subsídios para o aprimoramento das políticas públicas nesta área. A complexidade do tema demanda uma abordagem intersetorial e um olhar atento às particularidades regionais para garantir um cuidado em saúde mental mais equitativo e eficiente.

Palavras-chave: Judicialização da saúde; Saúde mental; Internação compulsória; Políticas públicas; Espírito Santo.

Abstract: This study analyzes the profile of legal actions related to mental health hospitalization against the Secretary of State for Health of Espírito Santo in the years 2022 and 2023. The research seeks to understand the characteristics of these demands and their implications for the public management of mental health in the state. Using a mixed methodological approach, the study combines quantitative and qualitative analyses of data collected from the Secretary of Health's judicial demand management system, as well as institutional documents and relevant legislation. The results reveal an increase in the number of legal proceedings for mental health hospitalization. This increase was accompanied by a rise in spending on judicial hospitalizations. The findings in this research point to the need to: strengthen the psychosocial care network, especially in smaller municipalities and in the southern region of the state; investigate the reasons for the high rate of judicial hospitalizations in specific municipalities; improve the integration between mental health services and the judicial system; and develop strategies to reduce judicialization, such as implementing care protocols and training professionals. The limitations of this study include the lack of information on the race/color of patients and the absence of an in-depth analysis of the clinical reasons for hospitalizations. Future research could address these aspects, as well as investigate the impact of judicial hospitalizations on the patients' care trajectory and the effectiveness of treatment. Thus, this study provides information that can contribute to the field of knowledge on the phenomenon of judicialization of mental health in Espírito Santo, offering insights for the improvement of public policies in this area. The complexity of the topic demands an intersectoral approach and a keen attention to regional particularities to ensure more equitable and effective mental health care.

Keywords: Judicialization of health; Mental health; Involuntary hospitalization; Public policy; Espírito Santo.

1. Introdução

A judicialização da saúde mental tem crescido no Brasil, evidenciando desafios na oferta de cuidados adequados pelo sistema público. Este estudo analisa as ações judiciais relacionadas à internação em saúde mental contra a Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo nos anos de 2022 e 2023, buscando compreender suas características e impactos na gestão pública da saúde mental.

O objetivo é traçar o perfil dessas demandas, considerando fatores como distribuição geográfica, características dos pacientes, origem das prescrições e relação com a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS). A pesquisa busca responder: quais são as características das ações judiciais de internação em saúde mental no Espírito Santo entre 2022 e 2023, e como essas informações podem aprimorar as políticas públicas?

Parte-se da hipótese de que essas ações estão ligadas a deficiências estruturais na rede de atenção psicossocial, evidenciando falhas na capacidade do sistema público de atender à população. Como consequência, a judicialização se torna um meio alternativo de acesso aos serviços essenciais de saúde mental. A metodologia emprega uma abordagem mista, combinando análises quantitativas e qualitativas. Os dados serão extraídos do sistema de gerenciamento de demandas judiciais da Secretaria de Saúde (Sistema Onbase), além de documentos institucionais e legislação pertinente. O estudo estrutura-se em três etapas: revisão da literatura, coleta e análise de dados e integração dos achados.

A pesquisa busca contribuir para o aprimoramento das políticas públicas de saúde mental no estado, indicando áreas que demandam maior atenção e investimento. Além disso, pretende analisar os impactos da judicialização na gestão dos recursos públicos, considerando as consequências coletivas das decisões judiciais individuais no setor de saúde mental.

2. O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil e no Espírito Santo

A judicialização da saúde refere-se ao fenômeno pelo qual cidadãos recorrem ao Poder Judiciário para assegurar o acesso a tratamentos, medicamentos e outros serviços de saúde não fornecidos administrativamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou, no caso da saúde suplementar, pelos prestadores de serviços de saúde. Esse fenômeno ganhou relevância nas últimas duas décadas devido ao aumento expressivo de processos judiciais sobre essa matéria, suscitando debates sobre o impacto financeiro, a efetividade das decisões judiciais e as implicações éticas na alocação de recursos públicos.

É importante considerar que a retirada de recursos públicos para atender ordens judiciais em confronto com as políticas de saúde estabelecidas pode privilegiar o autor da ação e penalizar a coletividade dependente da rede pública de saúde. Esta perspectiva destaca a importância de considerar os efeitos coletivos das decisões judiciais individuais em saúde mental (Paixão, Da, 2019).”

O fenômeno da judicialização da saúde é amplamente discutido na literatura brasileira, sendo objeto de centenas de pesquisas em nível de mestrado e doutorado. Em pesquisa na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações³, apenas nos últimos 10 anos completos, entre os anos de 2013 e 2023, foram encontrados 578 trabalhos, sendo 459 dissertações e 119 teses.

Entre os principais temas pesquisados sobre essa matéria, destacam-se as pesquisas sobre o direito à saúde e acesso à justiça, que integram estudos que focam no direito constitucional à saúde e como ele é interpretado e garantido pelo Judiciário, incluindo discussões sobre a universalidade do Sistema Único de Saúde (SUS) e o papel do Judiciário na garantia desse direito (Barroso, 2008; Wang, 2009; World Health Organization, 2018). Outro assunto relevante são os impactos financeiros e a sustentabilidade dos sistemas de saúde, que comporta análises do impacto financeiro das decisões judiciais sobre os orçamentos de saúde pública, discutindo a

³ Pesquisa com a expressão “judicialização da saúde” no título, realizada na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações endereço: <https://bdtd.ibict.br/vufind/> em 12 de agosto de 2024. Filtros dissertações, teses, anos 2013 a 2023.

sustentabilidade do sistema diante do aumento de demandas judiciais (Vieira e Zucchi, 2007).

Esse tema é bastante debatido também sob a perspectiva das políticas públicas, por meio de estudos que exploram a relação entre falhas ou insuficiências das políticas públicas de saúde e o aumento da judicialização, sendo que muitos trabalhos investigam como a judicialização pode tanto corrigir quanto exacerbar desigualdades no acesso à saúde (Wang, 2009; Wang *et al.*, 2014).

O acesso a medicamentos e tratamentos experimentais também é outro campo fértil de estudos, que refletem sobre as ações judiciais que buscam acesso a medicamentos e tratamentos experimentais ou que não estão listados no SUS, explorando as implicações éticas e econômicas dessas demandas, como estudos sobre a judicialização do acesso a medicamentos de alto custo, como os medicamentos para doenças raras, e sobre as consequências da judicialização para a incorporação de novas tecnologias de saúde no SUS (Chieffi e Barata, 2009; Diniz, Medeiros e Schwartz, 2012).

São recorrentes na literatura ainda as pesquisas sobre desigualdade social e judicialização, que exploram como a judicialização da saúde pode refletir ou exacerbar desigualdades sociais, com foco em quem tem acesso ao Judiciário e os tipos de demandas que são mais judicializadas, e a interação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que exploram as tensões e interações entre os poderes no contexto da judicialização da saúde, incluindo discussões sobre ativismo judicial e separação de poderes (Silva e Jucatelli, 2017). Temas relevantes ainda se relacionam com os direitos humanos, eficácia das decisões judiciais e aspectos éticos da judicialização, com estudos examinando como o Judiciário protege os direitos à saúde de indivíduos, especialmente em contextos de vulnerabilidade, outros que avaliam se as decisões judiciais na área da saúde são eficazes em garantir o tratamento ou serviço solicitado, e sobre as consequências dessas decisões para o sistema de saúde, além de questões éticas relacionadas à judicialização da saúde, como o equilíbrio entre o

direito individual à saúde e o bem-estar coletivo (Alegre et al., 2023; Villas-Boas, 2010).

Existe uma escassez de dados sistematizados sobre a judicialização da saúde no Brasil. Entretanto, as informações disponíveis indicam que o país registrou um crescimento significativo no número de ações judiciais relacionadas à saúde nas últimas décadas. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revelam que, entre 2008 e 2017, o volume de novos processos nessa área aumentou 130%, enquanto o total de processos judiciais em geral cresceu 50%. Destacam-se, principalmente, os pedidos relacionados ao fornecimento de medicamentos de alto custo e tratamentos não disponibilizados pelo SUS (CNJ, 2019).

Os dados indicam que a judicialização da saúde no Espírito Santo cresceu, no período analisado, em percentuais superiores aos registrados na média nacional. Enquanto o crescimento da média nacional entre 2020 e 2023 foi de 27,74%, no Espírito Santo o aumento foi de 51,18%, significativamente acima da média nacional. Esse crescimento acentuado impõe desafios para a compreensão das características locais que impulsionam o fenômeno da judicialização da saúde no Estado. Além disso, ao se analisarem os indicadores de índice de atendimento à demanda, tempo médio do primeiro julgamento e tempo médio da primeira baixa no estado, infere-se que o período foi marcado por um grande empenho dos órgãos judiciais na redução do número de processos pendentes, o que também intensificou a pressão sobre o ente executivo. Em 2020, o tempo médio do primeiro julgamento era de 439 dias, enquanto, em 2024, reduziu-se para 289 dias. Já o tempo médio da primeira baixa foi de 620 dias em 2020 e de 487 dias em 2024 (CNJ, 2024).

Dados da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo sobre os processos recebidos entre 2014 e 2024⁴ mostram um acentuado crescimento no volume de demandas judiciais entre 2014 e 2019, seguido por uma drástica redução

4 É relevante ponderar que os sistemas do banco de dados do CNJ e da Secretaria de Estado da Saúde, trabalham com critérios distintos, de modo que os números não são exatamente iguais. Importante notar ainda que não há discrepância nos valores encontrados.

no número de processos recebidos, que passaram de 13.501 para 6.664, possivelmente em decorrência da pandemia de COVID-19. Nos anos seguintes, observa-se uma retomada na curva de crescimento.

Esses dados confirmam a relevância dos estudos sobre a judicialização da saúde mental, especialmente sob a perspectiva de seu impacto no orçamento e na Administração Pública. No próximo capítulo, será contextualizada a questão da saúde mental.

3. Saúde mental no Brasil: emergência e desafios

O presente capítulo se propõe a traçar um panorama da saúde mental no Brasil, delineando suas nuances epidemiológicas e os desafios intrínsecos à sua efetivação no contexto nacional. Para além de uma análise quantitativa, busca-se aprofundar a compreensão dos fatores sociais, econômicos e culturais que contribuem para a complexa crise de saúde mental que o país enfrenta, com especial atenção à intrincada relação com o uso de drogas.

A saúde mental, enquanto componente indissociável da saúde integral do indivíduo, tem assumido crescente relevância no cenário global. No Brasil, dados alarmantes evidenciam a magnitude do problema e a necessidade de atenção urgente a essa questão. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), no “Relatório de Status Global Sobre Álcool e Saúde”, em 2017, estimava-se que 18,6 milhões de brasileiros sofriam de ansiedade, o que colocava o país no topo do ranking mundial. De acordo com a organização, o Brasil ocupava a quinta posição em casos de depressão, com 11,5 milhões de pessoas afetadas. A ONU levantava ainda preocupação sobre o consumo de álcool no Brasil. Em 2016, a taxa de consumo anual per capita de álcool puro entre pessoas com 15 anos ou mais era de 8,9 litros, superior à média mundial de 6,2 litros. O relatório também destaca que o consumo excessivo de álcool está associado a uma série de problemas de saúde mental, como depressão, ansiedade e transtornos relacionados ao uso de álcool (World Health Organization, 2018).

Outros elementos ainda, são muito relevantes no debate sobre o tema da saúde mental, como a desigualdade social, violência, estigmas para aceitação de tratamento, a cultura do ter, maximizada pela exposição das redes sociais e o uso abusivo de drogas. Dentre os fatores sociais, a desigualdade social se destaca como um dos principais determinantes da saúde mental. A profunda disparidade socioeconômica contribui para a exclusão social e a vulnerabilidade de grupos populacionais, aumentando a exposição a fatores de risco para transtornos mentais. Além disso, indivíduos com menor escolaridade e renda apresentaram maior prevalência de transtornos mentais comuns, como ansiedade e depressão (Coutinho, Toledo e Bastos, 2019).

A violência também exerce um papel importante na crise de saúde mental no Brasil. A violência urbana, a violência doméstica e a violência sexual são experiências traumáticas que podem desencadear transtornos mentais, especialmente em crianças e adolescentes. O estudo "Revisão Sistemática sobre o impacto social da Violência doméstica para os adolescentes" demonstrou uma forte associação entre a exposição à violência e o desenvolvimento de transtornos mentais, como transtorno de estresse pós-traumático, depressão e ansiedade (Alves Luis *et al.*, 2022).

A relação entre saúde mental e o uso de drogas é complexa e bidirecional, demandando atenção especial para a prevenção e o tratamento. Pessoas com transtornos mentais podem utilizar substâncias psicoativas como forma de automedicação ou alívio para seus sintomas, o que pode levar ao desenvolvimento de dependência química. Por outro lado, o uso abusivo de drogas pode desencadear ou agravar transtornos mentais, como psicose, depressão e ansiedade (World Health Organization, 2022).

O Relatório Mundial sobre Drogas de 2023 do Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Criminalidade (United Nations Office on Drugs and Crime, 2023) aponta que o Brasil é um dos maiores consumidores de crack e cocaína na América Latina, com uma prevalência de consumo de crack estimada em 0,8% da população e de cocaína em 2,1%. O consumo de álcool e tabaco também é

preocupante, com 30,1% da população relatando consumo de álcool nos 30 dias anteriores à pesquisa e 12,2% relatando consumo de tabaco. O relatório destaca a necessidade de fortalecer as políticas de prevenção e tratamento do uso de drogas, com foco na integração com os serviços de saúde mental.

A distribuição desigual dos serviços de saúde mental no território nacional limita o acesso da população, especialmente em regiões remotas e periféricas. Um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2021 (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2023) revelou que a maioria dos serviços de saúde mental está concentrada nas grandes cidades, o que dificulta o acesso da população que vive em áreas rurais e nas periferias das grandes cidades.

Superar esses desafios exige uma abordagem abrangente que envolva o fortalecimento da rede de atenção psicossocial, a ampliação do acesso aos serviços, a capacitação de profissionais e a promoção da saúde mental na comunidade. O Plano de Ação de Saúde Mental da OMS 2013-2030 (World Health Organization, 2021) enfatiza a importância de integrar a saúde mental nos cuidados de saúde primários e desenvolver serviços comunitários para garantir que as pessoas com transtornos mentais tenham acesso aos cuidados de que precisam.

A análise da crise de saúde mental no Brasil e seus desafios, com ênfase na interface com o uso de drogas, demonstra a necessidade de políticas públicas eficazes e estruturadas para garantir o acesso da população aos cuidados em saúde mental. O próximo capítulo abordará as políticas públicas de saúde mental, com foco na legislação e implementação no Espírito Santo, aprofundando a análise do arcabouço legal que sustenta essas políticas, desde a legislação nacional do SUS até os regramentos locais, e os desafios enfrentados na sua implementação. A partir dessa análise, será possível traçar um panorama da estrutura da política de saúde mental no estado, compreender as competências dos entes federados e identificar os gargalos que levam à judicialização da saúde mental, tema central desta pesquisa.

4. Políticas públicas de saúde mental: legislação e implementação no Espírito Santo

A política de saúde mental no Brasil se insere no contexto do SUS, com seus princípios de universalidade, integralidade e equidade. A Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, define a saúde mental como um direito de todos e um dever do Estado (Brasil, 1990).

A Reforma Psiquiátrica Brasileira, iniciada na década de 1980, marcou uma mudança paradigmática na atenção à saúde mental no país. A Lei nº 10.216/2001, conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica, consolidou esse processo, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental e promovendo a substituição dos hospitais psiquiátricos por serviços comunitários de base territorial (Brasil, 2001).

A Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) foi instituída pela Portaria nº 3.088/2011, sendo revogada em 2017 pela Portaria de consolidação Nº 3, de 28 de setembro de 2017. A RAPS, tem como objetivo criar, ampliar e articular pontos de atenção à saúde mental no território, garantindo o acesso da população a cuidados integrais e humanizados. A RAPS compreende diversos serviços, como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), os Serviços Residenciais Terapêuticos (SRT), os Centros de Convivência e Cultura, as Unidades de Acolhimento (UAs) e os leitos de saúde mental em hospitais gerais (Brasil, 2017).

O Espírito Santo possui, desde o ano de 2001 uma Política Estadual de Saúde mental, no entanto, essa política não está estabelecida em legislação própria, o que fragiliza seu processo de implementação e priorização frente as necessidades de saúde gerais (Espírito Santo, 2001). A implementação da política de saúde mental no Espírito Santo, como em outras partes do país, enfrenta desafios que exigem atenção e intervenção dos gestores e profissionais de saúde. Desde o estabelecimento dessa política outras iniciativas relevantes contribuíram nesse processo de implementação e consolidação da RAPS.

O Plano de Ação de Saúde Mental 2013-2014 do Espírito Santo (Espírito Santo, 2013), com base em dados de 2011, mostrava que 58% dos municípios desenvolviam alguma ações no campo da saúde mental, havia 23 CAPS e 46 Equipes de Referência em Saúde Mental (ERSM). No entanto, o documento reconhecia a necessidade de superar desafios para garantir a efetivação da política de saúde mental no estado. Outro documento importante, as Diretrizes Clínicas em Saúde Mental, aponta desafios como a necessidade de ampliação do acesso à atenção psicossocial, a qualificação dos profissionais e a integração da saúde mental em outros níveis de atenção, como a atenção básica (Espírito Santo, 2018).

A Nota Técnica 01/2022 descreve a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) no estado e seus componentes, com seus desafios na implementação e gestão (Espírito Santo, 2022). O Relatório "Rede de Atenção Psicossocial no ES em 2024" apresenta um panorama da RAPS no estado, com seus avanços e desafios na ampliação da cobertura e na garantia de acesso aos serviços (Espírito Santo, 2024a).

A dissertação Campanharo (2023) analisa os gastos da Secretaria de Saúde do Estado do Espírito Santo com ações e serviços em saúde mental, revelando a tendência de financiamento para instituições hospitalares, com 57,50% de todo o recurso empregado de 2009-2021, principalmente em leitos em hospitais psiquiátricos (48,01%).

Esses dados evidenciam a necessidade de aprofundar a análise da judicialização da saúde mental no Espírito Santo, buscando compreender as causas e consequências da judicialização e propor medidas para garantir o acesso da população aos serviços de saúde mental de forma adequada e oportuna.

5. Análise das demandas judiciais em saúde mental no Espírito Santo

Os pleitos por internações em saúde mental constituem, em termos de volume, a quarta principal causa de judicialização da saúde no Estado do Espírito Santo, com números superados apenas pelos pedidos de consultas, internações

clínicas e medicamentos. Nos anos analisados (2022 e 2023), a SESA recebeu 2.671⁵ processos de pedidos de internação em saúde mental, sendo 1.263 em 2022, o que representava 12,10% do total de processos. Em 2023, foram recebidos 1.408 processos, o que representava 10,58% em relação aos 13.313 processos recebidos naquele ano. Verificou-se, portanto, um aumento nominal de 11,48% e uma pequena redução percentual em relação ao ano anterior. É relevante que nestes anos, em 82,5% dos processos recebidos foram proferidas decisões liminares.

Os dispêndios com as internações judiciais em saúde mental também foram superiores em 2023, comparativamente a 2022. No exercício de 2022, foram despendidos R\$ 20.246.309,46, enquanto em 2023, o montante totalizou R\$ 21.793.073,54, o que representa um aumento de 7,64% em relação ao exercício anterior.

A análise das internações judiciais em saúde mental sob a perspectiva de sua distribuição geográfica no estado do Espírito Santo, levou em conta a divisão das regiões de saúde que organizam a assistência no estado. Sob essa perspectiva, tem-se que no ano de 2022, dos 1.263 processos judiciais sobre internações em saúde mental, o maior quantitativo foi o da região sul, que registrou 507 (40,14%) casos, seguido pela região metropolitana, com 484 (38,32%) casos. A região central norte registrou 272 (21,54%) casos.

No ano de 2023, entre os 1.408 processos sobre internações em saúde mental, a região metropolitana registrou 544 (38,64%), mantendo o percentual do ano anterior, a região sul registrou 514 (36,51%) processos, um pouco inferior ao ano anterior, e a região Central-norte registrou 341 (24,22%) processos, um pouco superior ao ano anterior.

A distribuição da população nas regiões de saúde do Estado mostra que, entre os 3.833.712 habitantes do Estado, a região mais populosa é a metropolitana,

⁵ Entre estes 97 pedidos de internações em saúde mental são extrajudiciais, sendo que 33 foram realizados no ano de 2022 e 64 no ano de 2023.

com 2.272.099 (59,27%) habitantes, seguida pela região central norte com 905.485 (23,62%) habitantes, e a região sul é a de menor população, com 656.128 (17,11%) habitantes (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2022).

Em números absolutos, os 10 municípios com maior quantidade de casos de processos de internações judiciais em saúde mental no ano de 2022 foram Linhares (92), Vitória (79), Marataízes (72), Alegre (70), Vila Velha (68), Anchieta (55), Colatina (53), Cachoeiro de Itapemirim (50), Piúma (49) e Aracruz (46). Dez municípios⁶ registraram apenas 1 caso cada neste ano, e em 13 municípios⁷ não foram registrados casos de internações judiciais em saúde mental. A soma das populações dos municípios em que não houve nenhum caso totalizou 186.892 habitantes, e a soma da população dos municípios em que foram registrados apenas um caso foi de 139.673 habitantes.

Quando analisada a proporção de casos de processos de internações judiciais por mil habitantes, tem-se que os 10 municípios com mais casos proporcionais no ano de 2022 foram: Alegre (2,39 casos/1000), Apiacá (2,35), Piúma (2,19), Anchieta (1,83), Marataízes (1,71), João Neiva (1,63), Ibitirama (1,57), Alfredo Chaves (1,51), Atilio Vivácqua (1,42) e Venda Nova do Imigrante (1,30). A média relativa de processos judiciais de internações por mil habitantes dos três municípios com mais processos, Alegre, Apiacá e Piúma, foi de 2,32 processos por mil habitantes, e a média de processos entre os 3 municípios com maior população do Estado, Serra, Vila Velha e Cariacica, e a Capital Vitória, foi de 0,238.

Ao se analisar as demandas pelo tipo de postulante, tem-se uma distribuição equitativa, sendo que a Defensoria Pública Estadual é o principal postulante, estando presente em 27% dos casos, seguida pelo Ministério Público Estadual com 26% dos

⁶ Dorés do Rio Preto, Águia Branca, Itarana, Água Doce do Norte, Santa Leopoldina, Boa Esperança, Presidente Kennedy, Muqui, Marechal Floriano, Jaguaré.

⁷ Brejetuba, Divino de São Lourenço, Governador Lindenberg, Iconha, Irupi, Mucurici, Muniz Freire, Ponto Belo, Santa Maria de Jetibá, São Roque do Canaã, Sooretama, Vila Pavão, Vila Valério.

casos. Os advogados privados estão presentes em 25% dos casos, e 20% dos casos foram ingressados sem assistência técnica em juizados especiais.

Entre os 10 municípios com maior índice de judicialização da saúde por mil habitantes no ano de 2023, 5 possuíam ao menos uma unidade de CAPS I cada. Eram eles: Alegre, Anchieta, João Neiva, Guaçuí e Santa Teresa. Não possuíam nenhum serviço da RAPS: Ibitirama, Marataízes, Piúma, Atilio Vivácqua e Afonso Cláudio. Entre os 10 municípios com maior número absoluto de internações no ano de 2023 - Vila Velha (82), Vitória (79), Marataízes (79), Alegre (67), São Mateus (64), Anchieta (61), Linhares (58), Colatina (54), Afonso Cláudio (48) e Cachoeiro de Itapemirim (47) - apenas Marataízes e Afonso Cláudio não tinham nenhum serviço da RAPS.

No ano de 2022, 13 municípios não registraram nenhum caso de internações judiciais em saúde mental. Entre eles, 5 municípios possuíam ao menos um serviço da RAPS. No ano de 2023, entre os 14 municípios que não apresentaram nenhum caso de internações em saúde mental, nenhum deles possuía serviços da RAPS.

Dos 78 municípios que compõem o Estado do Espírito Santo, apenas 31 possuíam ao menos um serviço da RAPS; 47 municípios não possuíam nenhum serviço. A soma da população desses municípios que não possuíam nenhum serviço alcança 832.336 habitantes, o que representa 21,71% da população estadual. A taxa média de internações por mil habitantes nos municípios que não possuíam nenhum serviço foi de 0,39/1000 no ano de 2022 e de 0,48/1000 no ano de 2023. Já entre os municípios que possuíam ao menos um serviço da RAPS, a taxa média foi de 0,60/1000 no ano de 2022 e de 0,62/1000 no ano de 2023. Ou seja, as internações judiciais foram mais frequentes onde há algum serviço da RAPS.

Após uma análise cuidadosa dos dados, podemos tecer algumas considerações sobre a correlação entre a presença de serviços da RAPS e a ocorrência de internações compulsórias nos municípios do Espírito Santo. É certo que a presença de serviços da RAPS, especialmente CAPS e EMAESM, se concentra em municípios com maior número de internações compulsórias. Isso pode indicar que a

oferta de serviços identifique demandas e que, na possível limitação da RAPS para resolver administrativamente seus casos, ocasione, no limite, a judicialização da saúde.

6. Conclusão

Este estudo analisou o perfil das ações judiciais relacionadas à internação em saúde mental contra a Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo nos anos de 2022 e 2023. A pesquisa buscou compreender as características dessas demandas e suas implicações para a gestão pública da saúde mental no estado.

Os resultados revelaram um aumento no número de processos judiciais de internação em saúde mental, passando de 1.263 em 2022 para 1.408 em 2023, representando um crescimento de 11,48%. Este aumento foi acompanhado por um incremento nos gastos com internações judiciais, que passaram de R\$ 20.246.309,46 em 2022 para R\$ 21.793.073,54 em 2023, um aumento de 7,64%.

Um achado significativo foi a relação entre o tamanho da população municipal e a taxa de internações judiciais. Municípios menores apresentaram taxas de internação até 10 vezes maiores que os municípios mais populosos, indicando possíveis disparidades no acesso e na qualidade dos serviços de saúde mental.

A hipótese inicial de que a maioria das demandas judiciais por internação em saúde mental estaria relacionada à insuficiência da oferta de serviços na rede de atenção psicossocial do Espírito Santo foi parcialmente confirmada. A concentração desproporcional de casos em municípios menores e na região sul do estado, aliada ao fato de que 48% dos processos mencionavam acompanhamento anterior por serviços da RAPS, sugere lacunas na capacidade do sistema público de atender às necessidades da população.

Estes achados apontam para a necessidade de: fortalecer a rede de atenção psicossocial, especialmente em municípios menores e na região sul do estado, investigar as razões para a alta taxa de internações judiciais em municípios específicos,

melhorar a integração entre os serviços de saúde mental e o sistema judiciário, desenvolver estratégias para reduzir a judicialização, como a implementação de protocolos de atendimento e a capacitação de profissionais.

Em conclusão, este estudo fornece informações valiosas sobre o fenômeno da judicialização da saúde mental no Espírito Santo, oferecendo subsídios para o aprimoramento das políticas públicas nesta área. A complexidade do tema demanda uma abordagem intersetorial e um olhar atento às particularidades regionais para garantir um cuidado em saúde mental mais equitativo e eficiente.

Referências Bibliográficas

ALEGRE, P. *et al.* **Revista do Ministério Público do RS os impactos da judicialização do direito à saúde para o orçamento público e para a sociedade.** Porto Alegre: [s.n.].

ALVES LUIS, M. *et al.* Revisão sistemática sobre o impacto social e de saúde da violência doméstica para os adolescentes Systematic review on the social and health impact of domestic violence for adolescents. | **173 Rev. Bras. Pesq. Saúde**, v. 24, n. 1, p. 173–192, 2022.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/es/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: [s.n.]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 dez. 2024.

_____. **Lei Nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990.** Brasília: [s.n.]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 7 dez. 2024.

_____. **Lei Nº 10.216 de 06 de Abril de 2021. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.** Distrito Federal, 2001.

BRASIL, M. DA SAÚDE. G. DO M. **Portaria de Consolidação Nº 3, de 28 de Setembro de 2017**. Brasília: [s.n.]. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0003_03_10_2017.htm>. Acesso em: 7 dez. 2024.

CAMPANHARO, L. DA S. **As internações compulsórias de pessoas que fazem uso de drogas: A disputa de fundo público e a lógica manicomial no Espírito Santo**. Vitória : Universidade Federal do Espírito Santo , 2021.

____. **Para onde foi o dinheiro da saúde mental? Análise dos gastos da secretaria de estado da saúde do Espírito Santo com ações e serviços em saúde mental**. [s.l.] Universidade Federal do Espírito Santo, 2023.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, n. 8, p. 1839–1849, 2009.

CNJ, C. N. DE J. **Relatório final de pesquisa “judicialização da saúde no Brasil: perfil as demandas, causas e propostas de solução”**. [s.l: s.n.].

____. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**. Disponível em: <<https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-saude/>>. Acesso em: 11 set. 2024.

COUTINHO, C.; TOLEDO, L.; BASTOS, F. I. **Epidemiologia do uso de substâncias psicoativas no Brasil**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <<http://saudeamanha.fi>>.

DAL, K. *et al.* **Revisão Integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem**. [s.l: s.n.].

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; SCHWARTZ, I. V. D. **Consequências da judicialização das políticas de saúde: Custos de medicamentos para as mucopolissacaridoses**. **Cadernos de Saúde Publica**, 2012.

ESPÍRITO SANTO, S. DE E. DA S. **O Plano de Ação de Saúde Mental 2013-2014**. Vitória: [s.n.].

____. **Plano de Ação Estadual da Rede de Atenção Psicossocial (PAR/RAPS)**. Vitória: [s.n.].

____. **Diretrizes Clínicas em Saúde Mental**. Vitória: [s.n.].

____. **Programação Geral de Ações e Serviços de Saúde (PGASS)**. Vitória: [s.n.].

____. **Nota Técnica 01/2022 - Apresentação da Rede de Atenção Psicossocial do Estado do Espírito Santo**. Vitória: [s.n.].

____. **Rede de Atenção Psicossocial no ES em 2024**. Vitória: [s.n.].

____. **Relatório “Rede de Atenção Psicossocial no ES em 2024”**. Vitória: [s.n.].

ESPÍRITO SANTO, S. DE E. DA S. C. I. B. **Resolução CIB-ES nº 267/2012**. Vitória : [s.n.].

ESPÍRITO SANTO, S. E. DE SAÚDE. **Política Estadual de Saúde Mental**. Vitória: [s.n.].

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico**. Brasília: [s.n.].

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Desigualdades raciais e de renda no acesso à saúde nas cidades brasileiras | Acesso a Oportunidades**. Brasília : Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/acessoportunidades/publication/2023_td2832_racial_acesso_saude/>. Acesso em: 6 dez. 2024.

PAIXÃO, A. L. S. DA. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 24, n. 6, p. 2167–2172, 27 jun. 2019.

SILVA, J. B.; JUCATELLI, J. P. **Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2017.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World Drug Report 2023**. Vienna: [s.n.].

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil Distortions to national drug policy**

caused by lawsuits in Brazil RESUMO *Rev Saúde Pública*. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>>.

VILLAS-BÔAS, M. E. **Justiça, igualdade e equidade na alocação de recursos em saúde** *Justice, equality and equity in allocating healthcare resources* *Revista Brasileira de Bioética*. [s.l: s.n.].

WANG, D. W. L. Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade. **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**, v. 14, n. 54, 2009.

WANG, D. W. L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, n. 5, 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global status report on alcohol and health 2018**. Geneva: [s.n.].

____. **Comprehensive mental health action plan 2013–2030**. Geneva: [s.n.].

____. **World mental health report: transforming mental health for all**. Geneva: [s.n.].

LA RELAZIONE PROCESSUALE INCLUSIVA ALLA LUCE DEL MODELLO COOPERATIVO E DELLA BUONA FEDE OGGETTIVA

The Inclusive Procedural Relationship in light of the Cooperative Model and Objective Good Faith

Fernando Gaburri¹

Ministério Público do Estado da Bahia

DOI: <https://doi.org/10.62140/FG9082025>

Indice: 1. Le barriere come elemento della definizione di disabilità dal modello biopsicosociale; 2. L'accesso alla giustizia come diritto fondamentale; 3. La quarta ondata di rinnovamento del processo: il processo giudiziario inclusivo e la buona fede oggettiva procedurale; 4. L'accessibilità del processo elettronico alle persone ipovedenti; 5. Considerazioni finali; 6. Referenze.

Sommario: Questo studio si basa sul dialogo tra la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità e i principi del Codice di Procedura Civile brasiliano (CPC) e la Legge Brasiliana per l'Inclusione delle Persone con Disabilità (LBI), basata su alcuni degli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, con lo scopo di analizzare la partecipazione delle persone ipovedenti che utilizzano *software di lettura dello schermo* in un rapporto giuridico-processuale inclusivo, sia in qualità di parte, giudice, membro del Pubblico Ministero, testimone, perito, ecc.

Lo studio parte dall'analisi della nozione di accesso alla giustizia e delle tre ondate di rinnovamento del processo, idealizzate da Mauro Cappelletti e Bryant Garth, oltre alla rassegna di altre opere dottrinali, giurisprudenziali e testi giuridici, per dimostrare che la consapevolezza della società del rispetto dei diritti e della dignità delle persone con disabilità è una norma giuridica cogente prevista dall'articolo 8 della CRPD.

Considerando il trattamento procedurale esclusivamente su supporto elettronico e in continuità con la proposta delle tre ondate di rinnovamento del processo, Vengono presentate le linee fondamentali di una quarta ondata di rinnovamento, che qui si chiama processo giudiziario inclusivo.

¹ Membro del Pubblico Ministero di Bahia e professore all'Università Statale di Rio Grande do Norte; Master presso la Pontificia Università Cattolica di São Paulo e dottorato presso l'Università di São Paulo; gaburri@terra.com.br. ID ORCID 0000-0003-1776-0260.

La mancanza di consapevolezza genera barriere della natura più diversa, come i file digitali allegati agli atti dei casi, in un formato incompatibile con i software di lettura dello schermo utilizzati dalle persone con ipovedenti.

In questa linea, alcuni tribunali brasiliani hanno previsto nelle loro norme interne l'obbligo di presentare del documento digitale in formato Riconoscimento Ottico dei Caratteri (OCR) il cui scopo è quello di facilitare la ricerca dei termini nel documento, abilitare l'uso dell'intelligenza artificiale, oltre a rendere il processo accessibile alle persone ipovedenti che utilizzano *software di lettura dello schermo*.

Pertanto, al fine di raggiungere l'ideale di un processo giudiziario inclusivo, è necessario sensibilizzare le forze dell'ordine e l'esistenza di norme emesse da ciascuno dei vari tribunali, che integrino le norme della CRPD e della LBI, per solo rispettare il principio convenzionale di accessibilità, il principio costituzionale di solidarietà e i principi procedurali di cooperazione e di buona fede oggettiva.

Parole chiave: Accessibilità; persone ipovedenti; contraddittorio e ampia difesa; processo inclusivo.

Abstract: This study is based on the dialogue between the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the principles of the Brazilian Code of Civil Procedure (CPC) and the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities (LBI), based on some of the Sustainable Development Goals of the United Nations 2030 Agenda, with the aim of analyzing the participation of visually impaired people using screen reader software in a report including legal-procedural law, both as a party, judge, member of the Public Prosecutor, witness, expert, etc.

The study starts from the analysis of the notion of access to justice and the three waves of process renewal, idealized by Mauro Cappelletti and Bryant Garth, as well as the review of other doctrinal and jurisprudential works and legal texts, to demonstrate that society's awareness of respect for the rights and dignity of persons with disabilities is a binding legal norm provided for by Article 8 of the CRPD.

Considering the procedural treatment exclusively on electronic media and in continuity with the proposal of the three waves of process renewal, the fundamental lines of a fourth wave of renewal, which here is called inclusive judicial process, are presented.

The lack of awareness generates barriers of the most diverse nature, such as digital files attached to case files, in a format incompatible with screen reading software used by people with visual impairments.

Along these lines, some Brazilian courts have provided in their internal rules for the obligation to present a digital document in Optical Character Recognition (OCR) format, the purpose of which is to facilitate the search for terms in the

document, enable the use of artificial intelligence, as well as make the process accessible to visually impaired people who use screen reading software.

Therefore, in order to achieve the ideal of an inclusive judicial process, it is necessary to raise awareness among law enforcement agencies and the existence of rules issued by each of the various courts, which integrate the rules of the CRPD and the LBI, only to respect the conventional principle of accessibility, the constitutional principle of solidarity and the procedural principles of cooperation and objective good faith.

Keywords: Accessibility; visually impaired people; cross-examination and broad defense; inclusive process.

1. LE BARRIERE COME ELEMENTO DELLA DEFINIZIONE DI DISABILITÀ DAL MODELLO BIOPSIKOSOCIALE

Ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità,

"Le persone con disabilità sono coloro che presentano menomazioni a lungo termine di natura fisica, mentale, intellettuale o sensoriale che, in interazione con varie barriere, possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con le altre persone".

Ai sensi dell'articolo 3, IV della LBI, le barriere sono definite come qualsiasi ostacolo, atteggiamento o comportamento che limiti o impedisca la partecipazione sociale della persona, nonché il godimento, il godimento e l'esercizio dei suoi diritti all'accessibilità, alla libertà di movimento e di espressione, alla comunicazione, all'accesso all'informazione, alla comprensione, alla circolazione in sicurezza, tra l'altro [...]"

Si osserva quindi, che la disabilità non è una caratteristica esclusiva della persona, in quanto il modello biopsicosociale funziona non solo con la limitazione corporea, caratterizzata come una menomazione a lungo termine di natura fisica,

mentale, intellettuale o sensoriale, ma anche con l'interferenza delle più diverse barriere sociali, la cui somma si traduce nella compromissione dell'esercizio dei diritti in una situazione di parità con altre persone.

L'uguaglianza è un principio multidimensionale che, oltre agli aspetti formali e materiali, deve essere analizzato nel senso del riconoscimento. Non ha lo scopo di garantire a tutti lo stesso risultato, ma le stesse opportunità, in modo che ogni persona, secondo i propri meriti, volontà e preferenze, cerchi di raggiungere gli obiettivi che si è prefissato.

Per Fábio Conder Comparato², tutti gli esseri umani, nonostante le innumerevoli differenze biologiche e culturali, meritano uguale rispetto, come gli unici esseri al mondo capaci di amare, scoprire la verità e creare bellezza, riconoscendo che nessuno – nessun individuo, genere, etnia, classe sociale, gruppo religioso o nazione – può pretendere di essere superiore agli altri.

L'attuale necessità di eliminare le barriere nasce dalla storica trascuratezza delle persone con disabilità, ed è essenziale che le creazioni presenti e future siano libere dai vizi che, in passato, hanno prodotto tale effetto³.

La prova di questa storica negligenza è cristallizzata nell'articolo 244 della Costituzione Federale brasiliana, del 10.05.1988, che riconosce la mancanza di preoccupazione in passato per il benessere delle persone con disabilità in settori come i trasporti, gli edifici e i luoghi pubblici e fa una promessa per il futuro, a condizione che, a partire dalla sua validità, tali attrezzature debbano essere adattate in modo che possano essere utilizzate da persone con disabilità⁴.

² COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

³ BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão [Coord.]. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188.

⁴ "Art. 244. La legge prevede l'adeguamento dei luoghi pubblici, degli edifici ad uso pubblico e dei mezzi di trasporto pubblico attualmente esistenti al fine di garantire un accesso adeguato alle persone con disabilità, come previsto dall'articolo 227, paragrafo 2". (Traduzione libera). Testo originale: "Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º".

2. L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA COME DIRITTO FONDAMENTALE

Mauro Cappelletti⁵ e Bryant Garth affermano che l'espressione "accesso alla giustizia" è certamente difficile da definire, ma serve a determinare due scopi fondamentali del sistema attraverso il quale le persone possono rivendicare i loro diritti e/o risolvere le loro controversie sotto l'egida dello Stato: a) il sistema deve essere ugualmente accessibile a tutti; e b) deve produrre risultati individualmente e socialmente giusti.

Per quanto riguarda il primo approccio, gli autori portano alla luce lo studio delle tre ondate di rinnovamento del processo, con le quali propongono l'idea che l'accesso alla giustizia vada ben oltre il diritto formale di proporre o contestare un'azione⁶.

La prima ondata di rinnovamento riguarda l'assistenza legale ai poveri per la tutela, in primo luogo, dei diritti individuali, ed è legata all'insufficienza dei meccanismi di assistenza legale messi a disposizione dallo Stato e agli ostacoli economici del processo⁷.

La seconda ondata deriva dal riconoscimento che alcuni importanti diritti diffusi, come i diritti dei consumatori e l'equilibrio dell'ambiente, sono stati ignorati. Tradizionalmente, il processo era visto come una questione tra le parti, che aveva lo scopo di risolvere una controversia intorno agli interessi individuali⁸.

Infine, la terza ondata di rinnovamento del processo, denominata "nuovo approccio all'accesso alla giustizia", va oltre la ricerca di un'efficace rappresentanza di interessi precedentemente non rappresentati o scarsamente rappresentati, ma concentra la sua attenzione sull'insieme generale delle istituzioni e dei meccanismi,

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 8.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. cit. p. 9.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. cit. p. 31-49.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. cit. p. 49-67.

delle persone e delle procedure utilizzate per elaborare e prevenire le controversie nelle società moderne. Non abbandona le tecniche delle ondate precedenti, ma le tratta solo come alcune di una serie di possibilità per migliorare l'accesso alla giustizia. Il suo scopo è quello di istituire tecniche procedurali adeguate (come la riduzione dei costi, la riduzione delle formalità, l'oralità dei procedimenti per le controversie di modesta entità, l'ammissione del tribunale arbitrale, la creazione di tribunali specializzati, la possibilità di decidere per equità, ecc.) e di preparare meglio gli studenti e le forze dell'ordine⁹.

Una volta sviluppate le tre ondate di rinnovamento, sono ancora in fase di sviluppo strumenti adeguati ed efficaci che rendano il processo accessibile¹⁰ alle persone con le più diverse disabilità.

Sebbene la Costituzione Federale brasiliana del 1988 prevedesse già l'accesso alla giustizia attraverso le garanzie fondamentali del giusto processo di diritto con la consacrazione del contraddittorio e la piena difesa (art. 5, LIV e LV), è stato solo alla XIV Conferenza Giudiziaria Iberoamericana, tenutasi a Brasilia dal 04 al 06.03.2008 che sono state stabilite le regole per l'accesso alla giustizia per le persone in condizioni di vulnerabilità, documento noto come 100 Regole di Brasilia.

Secondo la regola 3 del documento, le persone che incontrano particolari difficoltà nell'esercitare pienamente i diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico davanti ai sistemi giudiziari sono considerate in una situazione di vulnerabilità. Ai sensi dell'articolo 77 sarà agevolata l'accessibilità delle persone con disabilità alla pratica dell'atto giudiziario in cui devono intervenire e sarà prevista l'abbattimento delle barriere architettoniche, facilitando l'accesso e la permanenza negli edifici giudiziari.

A partire dalle tre ondate di rinnovamento del processo e considerando l'attuale evoluzione tecnologica e l'estinzione del processo nei supporti fisici, si

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. cit. p. 67-73.

¹⁰ L'ILBI definisce l'accessibilità nel suo articolo 3, I, come segue: "possibilità e condizione di portata per l'uso, in modo sicuro e autonomo, di spazi, arredi, attrezzature urbane, edifici, trasporti, informazione e comunicazione, compresi i loro sistemi e tecnologie, nonché altri servizi e strutture aperti al pubblico, per uso pubblico o privato per uso collettivo, sia in aree urbane che rurali, da una persona con disabilità o a mobilità ridotta".

propone la concezione di una quarta ondata di rinnovamento, denominata "processo giudiziario inclusivo", che contempla l'osservanza delle nozioni di progettazione universale e di ragionevole adattamento nel rapporto giuridico-processuale.

Ai sensi dell'articolo 2 della Convenzione di New York – CRPD, la progettazione universale

"Significa l'ideazione di prodotti, ambienti, programmi e servizi da utilizzare, nella massima misura possibile, da tutte le persone, senza bisogno di adattamenti o di una progettazione specifica. La progettazione universale non escluderà ausili tecnici per gruppi specifici di persone con disabilità, quando necessario".

3. LA QUARTA ONDATA DI RINNOVAMENTO DEL PROCESSO: IL PROCESSO GIUDIZIARIO INCLUSIVO E LA BUONA FEDE OGGETTIVA PROCEDURALE

Il principio del contraddittorio presuppone l'effettiva uguaglianza delle parti nel rapporto processuale, che va oltre la mera uguaglianza formale e retorica delle opportunità.

Sulla base di questo principio, è concepita la prima ondata di rinnovamento del processo, caratterizzata da misure amministrative e procedurali di rappresentanza e assistenza alle persone prive di risorse materiali, al fine di assicurare loro un'adeguata ed efficiente difesa giurisdizionale dei loro diritti¹¹.

Le parti devono agire in buona fede, non solo nei loro rapporti reciproci, ma anche nei confronti del giudice. Se, da un lato, devono dire la verità, dall'altro, la loro attività nel processo deve essere esercitata con moralità e probità, diretta da uno spirito di collaborazione con il giudice nell'equa composizione della controversia¹².

¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil (processo de conhecimento)**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 56.

¹² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2. p. 109. L'articolo 88 del codice di procedura civile prevede che le parti e i loro difensori abbiano il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.

In linea con Kim Economides¹³, senza accesso alla giustizia per gli operatori del diritto, l'accesso dei cittadini alla giustizia sarà inutile. Come può il cittadino assicurarsi che l'operatore legale sia disposto a fare giustizia¹⁴?

Il diritto fondamentale all'accesso alla giustizia (disciplinato dall'articolo 13 della CRPD) è direttamente connesso al diritto all'accessibilità previsto dall'articolo 9, che stabilisce l'adozione di misure adeguate per promuovere l'accesso delle persone con disabilità ai nuovi sistemi e tecnologie di informazione e comunicazione, compreso Internet; e promuovere, fin dalle prime fasi, la progettazione, lo sviluppo, la produzione e la diffusione di sistemi e tecnologie di informazione e comunicazione, in modo che diventino accessibili al minimo costo.

Sia come parte che come interessata, alla persona con disabilità deve essere garantito il diritto di accesso al processo, compresi non solo i diritti costituzionali fondamentali a un'udienza in contraddittorio e a una difesa ampia, ma anche un accesso effettivo al contenuto degli atti processuali, compreso l'accesso alle tecnologie assistive, nell'ambito di ciò che si intende per progettazione universale e accomodamento ragionevole.

La garanzia di un design universale o di un accomodamento ragionevole è uno standard di comportamento richiesto a tutti i soggetti che partecipano al processo, incluso nella clausola di buona fede oggettiva.

La buona fede oggettiva deriva dal modello cooperativo, basato sulla concezione del processo come strumento per la realizzazione dei diritti fondamentali.

¹³ ECONOMIDES, Kim. 'Lendo as ondas do Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia? In: **Cidadania Justiça e Violência**. Trad. GARCHET, Paulo Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 1999. p. 72-73.

¹⁴ Il problema dell'accesso ai servizi legali deve essere percepito in una prospettiva tridimensionale, che coinvolge la natura della sua domanda, della sua offerta e la natura del problema giuridico che si intende presentare ai tribunali. La quarta ondata di rinnovamento è legata alla natura dell'offerta, analizzata in due dimensioni: costituita dall'accesso dei cittadini all'istruzione giuridica e alle professioni del diritto; e, una volta qualificato, l'accesso degli operatori del diritto alla giustizia.

Nel classico sistema contraddittorio, le parti litigano davanti al Giudice di Stato, che decide se la domanda dell'attore è fondata o meno, e il processo è al servizio di colui che ha ragione. Secondo Chiovenda¹⁵:

"L'attuazione della legge è la destinazione costante del processo. Sia fondata o infondata la domanda dell'attore, la sentenza che T accoglie o la rigetta è sempre attuazione di legge, cioè affermazione di una volontà positiva o negativa della legge. Il processo non serve a una parte o all'altra: serve a chi — secondo il giudice — ha ragione".

Per il sistema cooperativo, l'ambito del processo va oltre la risoluzione delle controversie dello Stato per cercare il soddisfacimento di altri diritti fondamentali che vanno al di là delle parti coinvolte.

Nel suo obiettivo 10, l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite prevede la riduzione delle disuguaglianze e nel suo obiettivo 10.2 consiste in "Entro il 2030, potenziare e promuovere l'inclusione sociale, economica e politica di tutti, indipendentemente da età, sesso, disabilità, razza, etnia, origine, religione, condizione economica o di altro tipo" e l'obiettivo 10.3 consiste in "Garantire pari opportunità e ridurre le disuguaglianze nei risultati, anche attraverso l'eliminazione di leggi, politiche e pratiche discriminatorie e la promozione di legislazione, politiche e azioni adeguate al riguardo".

In linea con questo Obiettivo di Sviluppo Sostenibile, la Risoluzione 401, del 16.06.2021 del Consiglio Nazionale della Giustizia – CNJ – prevede l'attuazione del principio di uguaglianza nell'accesso alla giustizia:

"Articolo 2. Al fine di promuovere l'uguaglianza, dovrebbero essere adottate con urgenza misure adeguate per eliminare e prevenire qualsiasi barriera urbana, architettonica, di arredamento, di accesso ai trasporti, di comunicazione e di informazione, attitudinale o tecnologico".

Ai sensi dell'articolo 4, VII della Risoluzione 401 del CNJ, al fine di promuovere l'accessibilità, la magistratura deve, tra le altre attività, attuare

"l'adozione di tutti gli standard tecnici di accessibilità nella costruzione,

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1923. p. 55.
916

ristrutturazione, locazione, ampliamento o cambio di destinazione d'uso degli edifici, cercando di adottare una progettazione universale e garantendo adattamenti ragionevoli".

La vera uguaglianza va oltre l'accesso agli edifici e ai mezzi di trasporto. Richiede un cambiamento di atteggiamento nel tessuto sociale più ampio - di cui tutti fanno parte - per far sì che non siano più visti come problemi, ma come titolari di diritti che meritano di essere affrontati con la stessa urgenza che viene concessa agli altri. L'uguaglianza pone fine alla tendenza a percepire "difetti" nell'individuo e richiama l'attenzione sulle carenze dei meccanismi sociali ed economici che non accolgono le differenze¹⁶.

Applicando l'idea di progettazione universale, ogni processo, indipendentemente dal sistema attraverso il quale viene elaborato, dovrebbe essere accessibile a tutte le persone che vi partecipano effettivamente, così come a coloro che possono potenzialmente parteciparvi.

Ciò significa che il sistema procedurale elettronico deve offrire strumenti in modo che le persone con disabilità sensoriali possano accedervi, come la traduzione nella lingua dei segni; l'adattamento al software di lettura dello schermo utilizzato da persone non vedenti o ipovedenti; e il contrasto dello schermo e la funzione di miglioramento dei caratteri per le persone ipovedenti.

In quest'ordine di idee, il CPC del 2015 si è occupato della costruzione di norme giuridiche che mirano direttamente alla dignità della persona umana, senza precedenti nella precedente legislazione processuale, come il diritto della persona con disabilità uditiva di comunicare, durante le udienze, attraverso la lingua dei segni (art. 162, III); e il diritto all'accesso ai mezzi elettronici di comunicazione procedurale (art. 199).¹⁷

¹⁶ NUSSBAUN, Martha Craven. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Harvard: First Harvard University Press, 2007. p. 197.

¹⁷ "Art. 199. Le unità giudiziarie garantiscono l'accessibilità delle persone con disabilità ai loro siti web sul world wide web, ai mezzi elettronici per l'esecuzione di atti giudiziari, alla comunicazione elettronica degli atti processuali e alla firma elettronica". (Traduzione libera). Testo originale: "Art. 199. As unidades do Poder Judiciário assegurarão às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica".

Contemporaneamente al CPC, la LBI ha assicurato l'accesso alla giustizia per le persone con disabilità su base di uguaglianza con gli altri (art. 79), stabilendo che tutte le risorse disponibili di tecnologie assistive siano offerte in modo che alla persona con disabilità sia garantito l'accesso alla giustizia, ogni volta che compare in uno dei poli dell'azione o agisce come testimone, un partecipante al contenzioso promosso dinanzi al giudice, un avvocato, un pubblico difensore, un magistrato o un membro del Pubblico Ministero (art. 80). Inoltre, l'articolo 80, unico comma, prevede che alla persona con disabilità sia garantito l'accesso al contenuto di tutti gli atti processuali di suo interesse, anche nell'esercizio della professione forense.

4. L'ACCESSIBILITÀ DEL PROCESSO ELETTRONICO ALLE PERSONE IPOVEDENTI

L'accesso alla giustizia presuppone che i mezzi utilizzati per la manifestazione processuale siano adeguati e accessibili, secondo la nozione di disegno universale.

Una volta scelto il mezzo elettronico di trattamento processuale, esso deve essere accessibile a tutte le persone con disabilità che in qualche modo partecipano al processo.

Il quadro dei diritti civili per *Internet* prevede che le applicazioni internet degli enti pubblici – comprese le piattaforme di elaborazione processuale utilizzate da tutte le branche della magistratura – debbano garantire l'accessibilità a tutti i soggetti interessati, indipendentemente dalle loro capacità fisico-motorie, percettive, sensoriali, intellettuali, mentali, culturali e sociali (art. 25, II).

Questo nuovo modo di gestire i registri, di compiere atti processuali, di avere contatti con le prove prodotte e altre procedure, invita a riflettere sull'innovazione dal punto di vista dell'accessibilità a tutti, sia alle parti coinvolte nel processo, sia ai

professionisti che agiscono nella rappresentatività del diritto dei loro clienti e persino della società¹⁸.

Che si tratti del magistrato, del membro del Pubblico Ministero o dell'avvocato – per stare solo con questi attori processuali – le persone con ipovedenti, ad esempio, il sistema processuale elettronico deve rispettare gli standard di accessibilità dei media digitali.

L'inosservanza, in particolare da parte dei tribunali – istituzioni che detengono la licenza per l'uso di questi sistemi e il controllo sulla loro configurazione e aggiornamento – implica la negazione del diritto costituzionale fondamentale di accesso alla giustizia.

L'accesso pieno ed effettivo alla giustizia è un compito che deve essere svolto da tutti gli attori processuali, secondo il principio di cooperazione sancito dall'articolo 6 del CPC¹⁹. Ben oltre la dicotomia tra processo dispositivo e processo inquisitorio, il modello cooperativo inaugurato dal CPC brasiliano del 2015 si caratterizza per il ridimensionamento del principio del contraddittorio, con l'inserimento del giudice nell'elenco dei soggetti del dialogo processuale, e non più come mero spettatore del duello delle parti. In questo modello, il contraddittorio è uno strumento indispensabile per il miglioramento della decisione giudiziaria, e non solo una regola formale che deve essere osservata affinché la decisione sia valida²⁰.

Se la norma dell'articolo 6° è ben interpretata, è chiaro che gli attori procedurali nel caso specifico non possono trasferire la disciplina dell'accessibilità al solo legislatore.

¹⁸ CARVALHO, Marx Elex Silva; MOREIRA, J. Aires da Silva; QUEIROZ, Ingrid Priscila Sousa Vieira. Acessibilidade da pessoa com deficiência visual aos documentos do processo eletrônico: de quem é o dever legal? In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia do Estado do Tocantins**. v. 1. n. 1. Palmas: ESA, 2021. p. 266.

¹⁹ "Art. 6°. Tutti gli argomenti del procedimento devono cooperare tra loro in modo che si ottenga una decisione equa ed efficace nel merito in un tempo ragionevole". (Traduzione libera). Testo originale: "Art. 6° Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

²⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2017, v. 1. p. 141.

Ciò è dovuto al fatto che, nel corso del processo, il giudice esercita il potere di polizia e spetta a lui, tra le altre misure, trattare con civiltà le parti, gli avvocati, i membri del Pubblico Ministero e dell'Ufficio del Pubblico Difensore e qualsiasi persona che partecipi al processo (CPC, art. 360, IV).

Nel Tribunale Federale brasiliano della 1a Regione, la scansione con l'uso di un sistema di riconoscimento ottico dei caratteri è raccomandata nel paragrafo 2 dell'articolo 7 dell'Ordinanza del Presidente 8016281/2019, e la sua non conformità comporterà l'esclusione del documento, secondo il paragrafo 3²¹.

Presso il Tribunale Elettorale Regionale di Rio de Janeiro è stata emessa l'ACT GP 471, dell'11.06.2019, che disciplina le procedure per garantire che tutti i documenti messi a disposizione sul sito web e sull'intranet di tale TRE, soddisfino gli standard di accessibilità previsti dalla normativa, con espressa menzione nei suoi considerando alla CRPD, LB e alla Risoluzione 230/2016 del CNJ.²²

Tuttavia, la legge non prevede espressamente alcun tipo di sanzione per l'inosservanza delle sue norme, anche se l'inosservanza della forma dell'atto processuale, se sostenuta dall'interessato e il danno è provato, può comportare la nullità, ai sensi dell'articolo 283²³ del CPC.

²¹ "§ 2º. La digitalizzazione dei documenti testuali dovrebbe avvenire con l'uso di un sistema di riconoscimento ottico dei caratteri, che consente la conversione dei documenti in dati ricercabili.

§ 3º. Le aree di distribuzione e protocollo, le unità di trattamento e le segreterie dei tribunali federali sono autorizzate a procedere all'esclusione dal PJe, di documenti corrotti, con virus o che non rispettano le disposizioni del presente articolo, non appena si verifici una di queste situazioni, e il giudice può autorizzare una nuova presentazione del documento quando lo ritiene opportuno. (Inserito dall'Ordinanza del Presidente della Repubblica 284 del 02 settembre 2021)[...]" (Traduzione libera). Testo originale:

²² "Art. 2º. L'accessibilità sarà garantita anche nella disponibilità di file elettronici con contenuti testuali generati da file di immagini, utilizzando l'OCR (Optical Character Recognition). § 1º. I file generati dalle immagini possono essere resi disponibili solo indicando il titolo e la descrizione delle immagini che veicolano il contenuto. [...]". (Traduzione libera). Testo originale: "Art. 2º. Será assegurada a acessibilidade, também, na disponibilização de arquivos eletrônicos com conteúdo de texto gerados a partir de arquivos de imagens, utilizando-se do OCR (Optical Character Recognition - Reconhecimento Óptico de Caracteres). § 1º. Arquivos gerados a partir de imagens somente poderão ser disponibilizados mediante indicação de título e descrição das imagens que transmitem conteúdo. [...]".

²³ "Articolo 283. L'errore procedurale comporta solo l'annullamento degli atti che non possono essere utilizzati, e quelli che sono necessari devono essere praticati al fine di conformarsi alle prescrizioni di legge. Paragrafo unico. Gli atti compiuti saranno utilizzati purché non vi sia pregiudizio per la difesa di alcuna parte". (Traduzione libera). Testo originale: "Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a

Il difetto di forma comporta la nullità dell'atto processuale solo se la sua pratica irregolare comporta un danno, secondo la nota regola del *pas de nullité sans grief*, sancita dall'articolo 277²⁴ del CPC.

In tal caso, una volta che la parte o l'interessato è stato convocato ad adeguare l'atto e rimane inerte o rifiuta di conformarsi a quanto giudizialmente determinato, la preclusione opererà, rendendo impraticabile, sin d'ora, la pratica dell'atto la cui invalidità è stata decretata per disobbedienza alle norme di accessibilità.

Nello stesso senso, l'Istruzione Normativa 5, del 24.10.2011, che regola il processo giudiziario elettronico nel Potere Giudiziario di Tocantins, prevede l'obbligo di osservare l'accessibilità nella documentazione allegata²⁵, pena l'estinzione del processo senza risoluzione del merito²⁶.

fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte”.

²⁴ "Articolo 277. Quando la legge prescrive una certa forma, il giudice considererà valido l'atto se, compiuto in altro modo, raggiunge il suo scopo". Traduzione libera). Testo originale: “Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

²⁵ "Art. 5º. Il TJTO e tutti i Distretti Giudiziari, direttamente o attraverso un accordo, devono mantenere nei loro locali apparecchiature per la digitalizzazione dei documenti e l'accesso a Internet per la distribuzione, la consultazione e la circolazione processuale, a disposizione degli utenti. § 1º. Per garantire l'accessibilità all'e-Proc/TJTO, la digitalizzazione dei processi fisici deve essere effettuata con l'utilizzo di strumenti di riconoscimento dei caratteri, come l'OCR (Optical Character Recognition). § 2º. Le disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo si applicano alla produzione di ordini, decisioni e altri contenuti procedurali da parte degli utenti interni e l'uso della tecnologia di riconoscimento dei caratteri da parte degli utenti esterni è obbligatorio". Traduzione libera). Testo originale: “Art. 5º O TJTO e todas as Comarcas, diretamente ou mediante convênio, manterão em suas dependências equipamentos de digitalização (escaneamento) de documentos e acesso à internet para distribuição, consulta e movimentação processual, à disposição dos usuários. § 1º Para assegurar a acessibilidade ao e-Proc/TJTO, a digitalização dos processos físicos deverá ser feita com a utilização da ferramenta de reconhecimento de caracteres, a exemplo do OCR (Optical Character Recognition). § 2º Aplicam-se as disposições do §1º deste artigo na produção dos despachos, decisões e demais conteúdos processuais pelos usuários internos, sendo obrigatória a utilização da tecnologia de reconhecimento de caracteres pelos usuários externos”.

²⁶ "Art. 12. I documenti indispensabili per la presentazione della causa, così come tutte le istanze destinate agli atti dell'e-Proc/TJTO, devono essere allegati in forma elettronica e correttamente classificati, secondo la tabella aggiornata dalla Magistratura dello Stato. [...] § 6º. In caso di documenti non allegati in conformità con le norme della presente Istruzione Normativa, l'istanza iniziale può essere respinta, fatto salvo un nuovo deposito". Traduzione libera). Testo originale: “Art. 12. Os documentos indispensáveis à propositura da ação, bem como todas as petições destinadas aos autos do e-Proc/TJTO, deverão ser juntados na forma eletrônica e adequadamente classificados, conforme tabela atualizada pelo Poder Judiciário Estadual. [...] § 6º No caso de juntada de documentos em desacordo com as normas desta Instrução Normativa, a petição inicial poderá ser indeferida, sem prejuízo de novo ajuizamento”.

Nel giudicare il ricorso, la Corte d'Appello di Tocantins ha estinto il procedimento senza risoluzione del merito, per violazione degli standard di accessibilità stabiliti nell'Istruzione 5/2011, come segue:

“APPELLO CIVILE. AZIONE DI MONITORAGGIO. AVVOCATO DELL'IMPUTATO IPOVEDENTE. DOCUMENTI INACCESSIBILI. DETERMINAZIONE PER IL RICORRENTE A FORNIRE L'ACCESSIBILITÀ ALLE PARTI. NON CONFORMITÀ. VIOLAZIONE DEI DIRITTI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ. CONTRADDITTORIO E AMPIA DIFESA COMPROMESSA. APPELLO RESPINTO. SENTENZA CONFERMATA.

1. Il giudice ha ordinato al ricorrente di esprimere il proprio parere sulla necessità di rendere decifrabile l'istanza iniziale per l'avvocato dell'imputato, ipovedente, dandogli la possibilità di modificare l'istanza iniziale. Tuttavia, la ricorrente si è limitata a chiedere la prosecuzione del ricorso, senza adottare le misure necessarie.

2. Considerato che i documenti raccolti dall'attore/ricorrente portano la macchia dell'inaccessibilità, violando le disposizioni della Legge n. 13.146/2015 e dell'Istruzione Normativa TJTO n. 05/2011, per quanto riguarda i diritti delle persone con disabilità, è evidente il compromesso del contraddittorio e dell'ampia difesa.

3. Ricorso noto e non accolto. Sentenza confermata”.
(TJ/TO – 1º C. Civ. – A. Civ. 5016635-23.2013.8.27.2706 – Rel. Des. HELVÉCIO DE

BRITO MAIA NETO – j. il 20.07.2022 – v.
u.)²⁷elemento.

In linea con l'idea di disegno universale, al termine della sua votazione, il Giudice Relatore ha evidenziato che "l'inserimento di documenti accessibili è una misura che deve essere sempre osservata, indipendentemente dal fatto che vi sia o meno un avvocato con disabilità che sponsorizza la causa".

Il Giudice del 3° Tribunale Civile del Distretto di Araguaína/TO, nel fascicolo 0019000-23.2022.8.27.2706, con sentenza emessa il 19.02.2024, ha estinto l'azione senza considerare il merito per inettitudine dell'iniziale, ai sensi dell'articolo 485, I, del CPC, dopo la riluttanza della parte che richiede l'esecuzione ad allegare documenti in un formato accessibile all'avvocato della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, una persona ipovedente, Secondo il seguente estratto del suo ragionamento:

“L'articolo 319 del codice di procedura civile non prevede specificamente l'accessibilità per i non vedenti, ma la parte, in considerazione dei doveri di buona fede e cooperazione (articoli 5 e 6, entrambi del codice di procedura civile), non solo è tenuta a motivare la propria domanda, ma a renderla accessibile a un avvocato ipovedente.

Mi riferisco alla buona fede oggettiva, un imperativo etico. Il comportamento deve essere corretto da una parte all'altra. La regola per chi lavora nel processo digitale è quella di fornire un ampio accesso a chiunque al fatto, il tutto con l'obiettivo di salvaguardare i mezzi processuali. [...]

La posizione della parte esecutiva non è giustificata in considerazione della necessità imperativa di rendere

²⁷ Il convenuto ha depositato l'AREsp. 2.351.255/TO davanti al STJ, che non è stato ascoltato con una decisione monocratica del Ministro Maria Thereza de Assis Moura, resa il 18.05.2023, confermando la sentenza emessa dal TJ/TO.

percepibili alcune parti principali del processo dal dottor Marques Elex Carvalho. [...]”

Sottolineo: la parte che chiedeva l'esecuzione era stata avvertita di correggere il difetto, e non lo era stato una volta; Tuttavia, non ha rispettato l'ordine giudiziario e ciò ostacola di fatto la valutazione del merito della causa.

La petizione iniziale, così com'è, ha violato la forma prescritta dalla legge, in questo caso i paragrafi 1 e 2 dell'articolo 5 dell'Istruzione Normativa numero 5, del 24 ottobre 2011, emessa dalla Presidenza dell'illustre Corte di Giustizia dello Stato di Tocantins, nonché dal Decreto numero 6.949, del 25 agosto 2009, Vanno sottolineati gli articoli 9, 12, 13, la clausola b dell'articolo 20 e la clausola b dell'articolo 27.

5. CONSIDERAZIONI FINALI

Questo studio si è occupato di un ideale dello stato di cose, qui chiamato processo giudiziario inclusivo, che consiste nell'abbattere tutte le barriere della natura più diversa, in modo che tutte le persone, comprese quelle con disabilità, possano partecipare pienamente, efficacemente e direttamente a un rapporto giuridico-processuale, sia come parte, come testimone, come esperto, come avvocato, Membro del pubblico ministero o magistrato.

Poiché il sistema giudiziario, in tutti i suoi aspetti, così come gli organi costituzionalmente elevati alla categoria di essenziali per l'amministrazione della giustizia, sono finanziati con risorse pubbliche, non si può ammettere che le risorse pubbliche siano utilizzate per erigere barriere alla partecipazione, nei rapporti giuridici e processuali, delle persone con disabilità o di chiunque altro.

A tal fine, si è basata sull'analisi della nozione di accesso alla giustizia e delle tre ondate di rinnovamento del processo, idealizzate da Mauro Cappelletti e Bryant Garth e, in continuità con tale ragionamento, sono state delineate le linee fondamentali di proposta per una quarta ondata di rinnovamento del processo, chiamata processo giudiziario inclusivo.

L'utilizzo di file con funzionalità OCR (Optical Character Recognition) è fondamentale per facilitare l'analisi dei documenti (e dei processi) da parte di tutti gli utenti, abilitare l'applicazione dell'intelligenza artificiale nell'analisi dei processi elettronici e fornire accessibilità ai professionisti ipovedenti.

Nonostante tali progressi, sono pochi i tribunali brasiliani che dispongono di una norma specifica che regola l'obbligo di presentare documenti in formato OCR.

6. REFERENZE

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão [Coord.]. **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, Marx Elex Silva; MOREIRA, J. Aires da Silva; QUEIROZ, Ingrid Priscila Sousa Vieira. Acessibilidade da pessoa com deficiência visual aos documentos do processo eletrônico: de quem é o dever legal? In: **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia do Estado do Tocantins**. v. 1. n. 1. Palmas: ESA, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di diritto processuale civile**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1923.

COMPARATO, Fábio Conder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2017, v. 1.

ECONOMIDES, Kim. 'Lendo as ondas do Movimento de Acesso à Justiça: epistemologia versus metodologia? In: **Cidadania Justiça e Violência**. Trad. GARCHET, Paulo Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 1999.

NUSSBAUN, Martha craven. *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Harvard: First Harvard University Press, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil (processo de conhecimento)**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

