Le nuove sfide per i diritti umani e sociali
vol. I

Coord.
Marco **Mocella**
Fábio da Silva **Veiga**
Camilla M. Santos **Benevides**
Martina **Bassotti**

IBEROJUR SCIENCE PRESS

Università Mercatorum

Le nuove sfide per i diritti umani e sociali
vol. I

Coord.
Marco Mocella
Fábio da Silva Veiga
Camilla M. Santos Benevides
Martina Bassotti

IBEROJUR SCIENCE PRESS

Università Mercatorum

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 académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité 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 Comité 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: Le nuove sfide per i diritti umani e sociali, vol. I

Coordenadores: Marco Mocella, Fábio da Silva Veiga, Camilla M. Santos Benevides, Martina Bassotti.

Edição: Iberojur Science Press

Diagramação: Mariana Dares

Capa: Mariana Dares

© [Autores vários]

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

ISBN: 978-989-36054-9-3

DOI: https://doi.org//10.62140/LNSDUS1748697623

1ª edição: Iberojur Science Press

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

Julho, 2025.

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n°: 551453/25

Citação: MOCELLA, Marco; VEIGA, Fábio da Silva; BENEVIDES, Camilla M. Santos; BASSOTTI, Martina (Coords.). *Le nuove sfide per i diritti umani e sociali*, *vol. I*. Porto: Iberojur Science Press, 2025. 1ª ed. ISBN: 978-989-36054-9-3.

Prefazione

Il V Congresso Internazionale sulle Nuove Sfide per i Diritti Umani (5° CINDHU), svoltosi il 28 febbraio 2025 presso l'Università Mercatorum di Roma, ha rappresentato un'occasione privilegiata di confronto accademico e scientifico sul tema dei diritti umani nelle loro molteplici dimensioni. Il presente volume raccoglie i contributi presentati in tale occasione da professori, ricercatori e studenti provenienti da diversi Paesi e ambiti disciplinari.

Avendo come filo conduttore i diritti umani, la cittadinanza e lo sviluppo sostenibile, il Congresso ha inteso promuovere riflessioni critiche e interdisciplinari sulle sfide contemporanee che l'effettiva tutela della dignità umana si trova ad affrontare, tanto nei contesti locali quanto in quelli globali. La varietà dei panel e la pluralità degli interventi testimoniano l'impegno congiunto di costruire ponti tra le scienze giuridiche, sociali, politiche, ambientali e culturali, con l'obiettivo condiviso di ripensare i percorsi verso una società più giusta ed equa.

Oltre alla sua dimensione internazionale, l'evento si è distinto per aver incentivato l'integrazione accademica tra istituzioni della Penisola Iberica, dell'Italia e del Brasile: realtà legate da vincoli storici, culturali e linguistici, ma anche accomunate da sfide analoghe nell'attuazione dei diritti fondamentali. In tale cornice, la produzione scientifica di studenti e giovani ricercatori ha assunto un ruolo di primo piano, riaffermando l'impegno delle università nella formazione critica e consapevole delle nuove generazioni.

Questo libro è dunque più di una semplice raccolta degli atti congressuali: esso rappresenta la testimonianza di uno sforzo collettivo volto a pensare i diritti umani come un progetto in perenne costruzione. Che queste pagine possano ispirare nuove ricerche, rafforzare le reti di collaborazione internazionale e, soprattutto, contribuire al progresso della conoscenza in favore di una cittadinanza più inclusiva e democratica.

Roma, 31 de luglio de 2025.

Marco Mocella

Martina Bassoti

Fábio da Silva Veiga

Camilla Martins dos Santos Benevides

(organizzatori)

Prefácio

O V Congresso Internacional sobre os Novos Desafios dos Direitos Humanos (V CINDHU), realizado em 28 de fevereiro de 2025 na Universidade Mercatorum, em Roma, constituiu um espaço singular de diálogo acadêmico e científico sobre os direitos humanos em suas múltiplas dimensões. Este volume reúne os trabalhos apresentados no referido evento, que contou com a participação de professores, pesquisadores e estudantes provenientes de diferentes países e áreas do saber.

Tendo como eixo temático a transversalidade entre direitos humanos, cidadania e desenvolvimento sustentável, o congresso buscou fomentar reflexões críticas e interdisciplinares sobre os desafios contemporâneos que se impõem à proteção da dignidade humana em contextos locais e globais. A diversidade dos painéis e das contribuições reflete o esforço conjunto em construir pontes entre as ciências jurídicas, sociais, políticas, ambientais e culturais, com o objetivo comum de repensar os caminhos possíveis para uma sociedade mais justa e equitativa.

Além de seu caráter internacional, o evento destacou-se por promover a integração acadêmica entre instituições da Península Ibérica, da Itália e do Brasil — países unidos por laços históricos, culturais e linguísticos, mas também por desafios comuns na efetivação dos direitos fundamentais.

Este livro, portanto, é mais do que um registro das discussões realizadas em Roma: é um testemunho do empenho coletivo em pensar os direitos humanos como projeto em permanente construção. Que estas páginas possam inspirar novas pesquisas, fortalecer redes de colaboração internacional e, sobretudo, contribuir para o avanço do conhecimento em prol de uma cidadania mais inclusiva e democrática.

Roma, 31 de Julho de 2025.

Marco Mocella

Martina Bassoti

Fábio da Silva Veiga

Camilla Martins dos Santos Benevides

(organizadores)

ÍNDICE

IMPRESE GLOBALI E DIRITTI UMANI: VERSO UNA GOVERNANCE RESPONSABILE 12

Marco Mocella

LAS RELACIONES TRASATLÁNTICAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PRESIDENCIA DE JOE BIDEN: UNA MIRADA A LA UNIÓN EUROPEA, LA OTAN Y ESPAÑA 33

Adrián Ortiz Climent

DIREITOS HUMANOS E SAÚDE: A PERSPECTIVA DO PACIENTE COMO CONSUMIDOR NO CONTEXTO HOSPITALAR SOB O VIÉS BRASILEIRO E INTERNACIONAL48

Adriane Bolzan Souza

Gabriela Bolzan Souza

NEOCONSERVADORISMO E XENOFOBIA: O ATAQUE AOS DIREITOS HUMANOS DA CLASSE TRABALHADORA MIGRANTE 63

Alex Fabiano de Toledo

Ineiva Terezinha Kreutz

A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO SALES PIMENTA 79

Amanda C. Buttendorff R. Beckers

Cíntia de Almeida Lanzoni

O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA 96

Ana Clara Cabral de Sousa

DIREITOS HUMANOS E PEDOFILIA VIRTUAL: O PAPEL DA IA NO COMBATE DESTE CRIME - UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO *SWEETIE* 112

Ana Cristina Crestani

PERFIS PESSOAIS EM REDES SOCIAIS E A (IN)TRANSMISSIBILIDADE HEREDITÁRIA: A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 123

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

Maíra Feltrin Alves

O PAPEL DAS MEDIDAS PREVENTIVAS CONTRA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO ODS 16 DA AGENDA 2030 DA ONU 146

Andrezza Letícia Oliveira Tundis Ramos

Luana Caroline Nascimento Damasceno

Cláudia de Moraes Pereira Martins

A CONVENÇÃO DE BASILEIA E O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE RESÍDUOS ELETRÔNICOS: DESAFIOS PARA OS DIREITOS HUMANOS E A SUSTENTABILIDADE ..165

Ângelo António Ferreira

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS: UM MEIO PARA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA 186

Beatriz Neves Rosa Ribeiro

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Thatyana Costa de Souza Santos

AUTONOMÍA NACIONAL Y OBLIGACIONES POSITIVAS EN DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA INTERPRETACIÓN INTERNA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES 206

Brenno Henrique de Oliveira Ribas

O USO DO RECONHECIMENTO FACIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA: PROTEÇÃO OU AMEAÇA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO?.....218

Bruna Rey

Caroline Francescato

FADIGA DE ACESSO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR 236

Nelyne Mota dos Santos Araújo

Carolina Merida

A (I)LEGITIMIDADE DO CRIME DE ATO OBSCENO E A MODERNIDADE LÍQUIDA 260

César Augusto Carra

A RECOMENDAÇÃO 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO: PELA ADOÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH 284

Cíntia de Almeida Lanzoni

Amanda C. Buttendorff R. Beckers

A TEORIA AGNÓSTICA E A RESSOCIALIZAÇÃO EM TEMPOS DE CRISE: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS NA RECONSTRUÇÃO DE VIDAS. 301

Daniella Campos Barbosa de Amorim

A EXCLUSÃO DO SÓCIO INCAPAZ NA SOCIEDADE LIMITADA: ANÁLISE À LUZ DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA 318

Davi Guimarães Mendes

O VALOR DO ESTADO DE DIREITO E SEUS MEIOS DE PROTEÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA 339

Mário Simões Barata

Dora Resende Alves

A EDUCAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR COMO PILAR PARA O FUTURO DO TRABALHO - REFLEXÃO JURÍDICA..... 361

Elisabete Santos

PLURALISMO JURÍDICO E POLIARQUIA: ESTRUTURANDO UMA DEMOCRACIA INCLUSIVA E PARTICIPATIVA 381

Flávia Piccinin Paz

Marcelo Wordell Gubert

EL DERECHO HUMANO AL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DISCAPACIDAD 401

Francesca Pacifico

LEI NATURAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS : A CONTRIBUIÇÃO JURÍDICA DOS BENS HUMANOS BÁSICOS 414

Frederico Antonio Lima de Oliveira

Felipe da Silva Dias

Arthur Santos Carvalho

RESPONSABILIDADE NA VIOLAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA 432

Gabriel Neves Nogueira

Guilherme Prado Bohac de Haro

THE JUDICIAL DECISION-MAKING: THE INFLUENCE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE EXERCISE OF JUDGES' JURISDICTIONAL FUNCTIONS IN PORTUGAL 442

Gonçalo Mota

CRIANÇAS EM ADOÇÃO: DESAFIOS JURÍDICOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 462

Rita de Cassia Andriolli Bazila Peron

Isabela Teixeira de Menezes Reino

SAFEGUARDING HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF TECHNOLOGICAL PROGRESS 482

Isabela Domingos

José Sergio da Silva Cristóvam

THE IMPACT OF AI ON THE PRISON SYSTEM: THE RE-EDUCATION OF PRISONERS 496

Isabela Domingos

Nicoletta Castellano

TECNOLOGIA ASSISTIVA, BENEFÍCIOS FISCAIS E EXTRAFISCALIDADE COMO FATORES PARA A EFETIVAÇÃO DE AÇÕES DE INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL..... 513

Jean Marcell De Miranda Vieira

Daniel Soares De Araujo

IMPRESE GLOBALI E DIRITTI UMANI: VERSO UNA GOVERNANCE RESPONSABILE

Marco Mocella[1]

Università Mercatorium

DOI: https://doi.org//10.62140/MM927216553

Sommario: 1. La sfida dei diritti umani nelle catene globali del valore; 2. Due Diligence e catene del valore globali: verso una responsabilità condivisa; 3. L'Europa come laboratorio normativo per la Due Diligence; 4. La Direttiva CSDDD: campo di applicazione, destinatari e confini normativi; 5. I Sindacati e ONG nella CSDDD: attori chiave della vigilanza e dell'attuazione; 6. Verso un nuovo equilibrio tra impresa globale e diritti fondamentali.

Abstract: Le catene globali del valore (Global Value Chains, GVC) rappresentano un modello produttivo che consente alle grandi imprese di beneficiare di vantaggi competitivi localizzati, spostando segmenti di produzione e servizi in paesi con manodopera a basso costo o limitate tutele. Questa struttura genera da un lato opportunità economiche e occupazionali, dall'altro comporta un rischio di sfruttamento, precarietà e violazioni dei diritti umani Si è così affermato il concetto di due diligence, ossia un dovere di diligenza delle imprese nell'evitare impatti negativi sui diritti fondamentali lungo tutta la filiera. Dopo primi esperimenti nazionali (Francia, Germania), l'Unione Europea ha adottato la Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), volta a imporre obblighi di prevenzione e rimedio nei confronti di eventuali violazioni sociali e ambientali. Di tale direttiva vengono esaminati il campo di applicazione e il ruolo degli stakeholders, ivi compresi i sindacati, che giocano un ruolo rilevante nella tutela dei diritti umani nelle catene del valore. In conclusione, viene brevemente accennata la possibilità di una soluzione digitale che consenta di monitorare la filiera e realizzare un approccio collaborativo in cui Stati, istituzioni sovranazionali, ONG, imprese e lavoratori agiscano di concerto per garantire che la globalizzazione del lavoro non si traduca in precarietà e sfruttamento.

1. La sfida dei diritti umani nelle catene globali del valore

[1] Professore ordinario di diritto del lavoro. Unviersità Mercatorum, Roma.

Nel nuovo scenario economico globalizzato, le imprese si sono trovate nella necessità di rivedere le proprie strategie organizzative, sia per affrontare la concorrenza proveniente dai paesi a basso costo di produzione, sia per sfruttare appieno il know-how e i vantaggi offerti dalle economie di scala. In questo contesto, è progressivamente maturata l'esigenza di superare i modelli organizzativi rigidi e gerarchici, adottando invece strutture più flessibili e adattabili[2].

A queste nuove esigenze ha fatto seguito una riorganizzazione dei sistemi produttivi, e in particolare delle imprese, che hanno adottato strutture differenti rispetto al passato. Tra le forme emergenti, si è diffusa una tipologia di aggregazione collettiva fondata su legami contrattuali tra soggetti imprenditoriali giuridicamente distinti: le reti di impresa[3]**.** Nato inizialmente in ambito nazionale, questo modello si è progressivamente affermato anche a livello internazionale, rivelandosi particolarmente efficace nell'organizzazione della produzione e della distribuzione. Oggi rappresenta la forma privilegiata attraverso cui molte grandi multinazionali gestiscono il proprio processo produttivo e la commercializzazione dei beni[4]**.**

Le trasformazioni del capitalismo globale e la conseguente riorganizzazione delle attività imprenditoriali hanno avuto effetti profondi e complessi sul mondo del lavoro. Se da un lato le nuove forme di aggregazione hanno favorito opportunità di crescita economica e incremento occupazionale, dall'altro hanno indebolito l'efficacia dei tradizionali strumenti di regolazione dei rapporti di lavoro, tanto a livello nazionale quanto

---

[2] D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Bari, Laterza, 2014; J. E DØLVIK, J. R. STEEN, *Labour Mobility in the Era of Globalisation: Transformations and Challenges,* in Journal of Industrial Relations, 2022, 517ss; E. HILL, C. K. LEE, E. CLARK, *Globalization, New Technologies, and Work in Asia*, in Work, Employment and Society, 2020, 791; D. L. LEVY, R. Kaplan, *Beyond Globalization: The Contested Politics of Corporate Accountability* in Supply Chains Organization, 2022, 3ss; N. SRNICEK, Platform *Capitalism,* Polity Press, 2020M V. BORGHI, L. DORIGATTI, L. GRECO, *Il lavoro e le catene globali del valore*, Ediesse, Roma, 2017

[3] Sul punto M. MOCELLA, *Reti d'impresa e diritto del lavoro*, Napoli, Esi, 2018 e ivi per ulteriori riferimenti.

[4] Circa l'80% del commercio globale avvenga ormai tramite le catene globali del valore. UNCTAD, *Global value chain anddevelopment, investment and value added trade in the global economy*, Ginevra, 2013.

internazionale. A ciò si aggiunge una marcata pressione al ribasso sulle condizioni lavorative, che colpisce in particolare i lavoratori dei paesi in via di sviluppo, proprio coloro che dovrebbero essere i primi beneficiari di tali opportunità.[5].

Le trasformazioni del capitalismo globale e la conseguente riorganizzazione delle attività imprenditoriali hanno avuto effetti profondi e complessi sul mondo del lavoro. Se da un lato le nuove forme di aggregazione hanno favorito opportunità di crescita economica e incremento occupazionale, dall'altro hanno indebolito l'efficacia dei tradizionali strumenti di regolazione dei rapporti di lavoro, tanto a livello nazionale quanto internazionale. A ciò si aggiunge una marcata pressione al ribasso sulle condizioni lavorative, che colpisce in particolare i lavoratori dei paesi in via di sviluppo, proprio coloro che dovrebbero essere i primi beneficiari di tali opportunità[6].

L'introduzione della normativa italiana sulle reti di impresa ha, per quasi un decennio, condizionato il dibattito giuridico nazionale, orientandolo in maniera quasi esclusiva verso il modello previsto dalla legge n. 33/2009 e, in ambito lavoristico, verso le implicazioni introdotte nel 2013, ovvero la codatorialità e il distacco infrarete. Si tratta di istituti che hanno trovato applicazione in misura variabile all'interno delle reti costituite secondo il modello normativo del 2009, ma che risultano utilizzabili solo entro i confini rigidi tracciati da quella disciplina. Tuttavia, anche limitandosi al solo contesto italiano, è evidente come le reti di impresa formalmente riconducibili alla legge del 2009 rappresentino solo una piccola parte del fenomeno, rendendo quindi riduttiva e fuorviante un'analisi che si limiti a tale perimetro normativo.

Nel contesto delle reti transnazionali, la possibilità di applicare gli istituti della codatorialità e del distacco esclusivamente all'interno del territorio italiano – e solo nell'ambito del modello tipizzato del 2009 – appare di utilità

[5] W. SANGUINETI RAYMOND, *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, Aranzadi, 2022.
[6] Sono circa 47 mila imprese in rete, distribuite su 9 mila contratti di rete.

assai limitata. Le reti globali, infatti, sono composte da imprese che stipulano contratti commerciali non solo a livello nazionale, ma soprattutto su scala internazionale. È in riferimento a queste forme articolate e flessibili di collaborazione produttiva che si è affermata, in ambito scientifico e istituzionale, la nozione di catene globali del valore (global value chains), più adatta a cogliere la complessità e la dimensione transfrontaliera del fenomeno[7].

Le catene di produzione globali sono strutture "liquide", che consentono alle imprese multinazionali di assumere il controllo dei processi produttivi globali sfruttando i vantaggi comparativi offerti - anche dal punto di vista del lavoro - dalle diverse economie locali senza assumersi alcuna responsabilità per le condizioni in cui il lavoro viene svolto al loro interno[8]. In conseguenza di ciò, nei paesi a basso costo di manodopera, le condizioni di lavoro e di sicurezza dei prestatori hanno raggiunto livelli di compressione dei diritti umani fondamentali tali da generare episodi gravissimi[9].

Le implicazioni del fenomeno sono profonde e l'indagine non può che essere condotta in modo interdisciplinare, adottando una prospettiva che intrecci il diritto del lavoro con il diritto commerciale, civile e ovviamente internazionale, ma anche con analisi economiche, sociali e politiche, investendo il percorso di sviluppo di intere regioni.

2. Due Diligence e catene del valore globali: verso una responsabilità condivisa.

[7] F. MICHELI, *Il lavoro nelle catene globali del valore*, Torino, 2023.
[8] W. SANGUINETI RAYMOND, *Teoría del Derecho Transnacional del Trabajo*, cit.
[9] Il caso del crollo del Rana Plaza in Bangladesh nel 2013 rappresenta senza dubbio l'episodio più grave e noto di violazione dei diritti dei lavoratori nelle catene globali del valore. Tuttavia, non si tratta di un caso isolato. Altri eventi tragici, come l'incendio della fabbrica Ali Enterprises in Pakistan (2012), quello della Tazreen Fashions in Bangladesh (2012) e il disastro di Brumadinho in Brasile (2019), pur causando un numero di vittime inferiore, evidenziano con altrettanta drammaticità le gravi carenze nei sistemi di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Uno degli aspetti centrali emersi nel dibattito riguarda la necessità di rafforzare la cooperazione internazionale, al fine di garantire una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori lungo l'intera catena del valore, a prescindere dal luogo in cui essi risiedono o prestano la propria attività. L'esperienza normativa di alcuni Paesi che hanno adottato, in via autonoma, discipline in materia di Due Diligence dimostra infatti che le sole legislazioni nazionali non sono sufficienti ad affrontare fenomeni come lo sfruttamento del lavoro o le condizioni occupazionali precarie, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, tali violazioni si verificano in larga misura al di fuori del territorio dello Stato in cui si concentra la direzione della catena del valore, rendendo difficoltosa l'effettiva applicazione delle norme nazionali. In secondo luogo, lo sfruttamento del lavoro avviene prevalentemente in Paesi in via di sviluppo, spesso poco inclini ad adottare misure repressive efficaci, anche per timore di compromettere l'afflusso degli investimenti esteri dai quali traggono comunque beneficio (*infra*)[10].

È ben noto come l'idea alla base di tale meccanismo, delineato in chiave moderna da John Ruggie, nella sua veste di Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite, tra il 2005 e il 2011 nelle Guiding Principles on Business and Human Rights, è che le imprese hanno una responsabilità (morale ed eventualmente giuridica) di rispettare i diritti umani, da intendersi come dovere di impedire il verificarsi di impatti negativi che potrebbero essere causati dall'impresa stessa o, per quanto possibile, correlati con le sue attività anche tramite le imprese ad essa legate come subcontraenti[11].

[10] W. SANGUINETI RAYMOND, *La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor*, in Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2022.
[11] F. MICHELI, op. cit., 35ss e ivi per ulteriori riferimenti.

Si tratta di un modello di responsabilità certamente non sconosciuto ai sistemi giuridici occidentali, delineato ad esempio nel nostro ordinamento in tema di appalti dall'art. 29 dlg.276/03[12].

Un ulteriore profilo problematico riguarda l'individuazione di standard minimi di tutela che debbano essere garantiti ai lavoratori lungo l'intera catena del valore. Si tratta di una sfida particolarmente complessa, considerando che le imprese coinvolte sono legate tra loro da rapporti giuridici ed economici eterogenei e distribuite in contesti geografici estremamente diversificati, spesso molto distanti tra loro. In tale scenario, è evidente che solo un organismo sovranazionale, riconosciuto da tutti gli Stati coinvolti, può avere la legittimità e la capacità di definire standard comuni di tutela, in grado di vincolare o quantomeno orientare l'azione delle imprese lungo tutta la filiera.

In questo contesto, un ruolo di primo piano è stato svolto da organizzazioni internazionali quali l'OCSE, l'OIL e le Nazioni Unite, che hanno elaborato principi guida e raccomandazioni in materia di responsabilità sociale d'impresa e Due Diligence. Per quanto riguarda invece le catene del valore operanti esclusivamente all'interno del territorio europeo, l'Unione Europea ha la possibilità – e la responsabilità – di adottare normative più stringenti ed efficaci, capaci di incidere direttamente sul comportamento delle imprese e sulla tutela effettiva dei diritti dei lavoratori. (*infra*)[13].

Indubbiamente di maggiore complessità appare l'individuazione dei meccanismi per imporre il rispetto di principi fondamentali alle imprese delle GVC in quanto non solo i meccanismi tipici del diritto del lavoro appaiono inadeguati a rappresentare quanto accade nelle GVC, ma lo stesso esplicarsi di principi cardini della materia risultano di difficile applicazione.

Il tradizionale strumento di tutela dei lavoratori, basato sull'aggregazione degli stessi tramite associazioni sindacali, presenta non pochi

[12] F. MICHELI, op. cit., 167ss.
[13] M. MURGO, op. cit., 23ss; F. MICHELI, *Il lavoro nelle catene cit*, 49ss.

elementi problematici[14]. Da un lato quelli che tradizionalmente accompagnano la tutela dei lavoratori nelle grandi multinazionali, quindi la difficoltà di creare centri di aggregazione dei lavoratori transnazionali; dall'altro, l'ulteriore profilo della labilità degli accordi tra le imprese costituenti la catena che non sono ovviamente noti ai lavoratori e sono soggetti a mutamenti imprevedibili e totalmente fuori dal controllo sindacale.

Inoltre, gli stessi sindacati dei lavoratori che operano nei paesi in via di sviluppo non hanno facilità di agire a tutela degli stessi: sia per il debole riconoscimento della libertà sindacale presente spesso in tali paesi, generalmente tra quelli con minore libertà di associazione sindacale[15]; sia per l'opposizione dei loro governi, preoccupati dalla perdita di investimenti; sia infine per la ritrosia degli stessi lavoratori, che temono ovviamente ritorsioni datoriali che finiscano per sostanziarsi nella perdita del posto di lavoro.

Di fronte alle note difficoltà di un'azione sindacale efficace su scala transnazionale, sono state spesso le stesse imprese multinazionali ad assumere un ruolo attivo nella definizione di standard di comportamento, spinte dalla crescente attenzione dell'opinione pubblica e dalla necessità di preservare la propria reputazione. In assenza di vincoli normativi cogenti, molte di esse hanno elaborato autonomamente codici di condotta, imponendone il rispetto alle imprese facenti parte della propria catena globale del valore, facendo leva sulla propria posizione dominante nei rapporti commerciali.

La scelta di adottare tali strumenti volontari risponde principalmente alla preoccupazione di eventuali pressioni da parte della società civile in caso di disattesa delle aspettative sociali. Le imprese globali sono infatti particolarmente sensibili alle ricadute economiche derivanti da campagne di boicottaggio, mobilitazioni social e mediatiche, scioperi, ritardi negli investimenti, contenziosi legali e, più in generale, da fenomeni che possano incidere negativamente sul proprio capitale reputazionale.

[14] M. MURGO, op. cit., 199ss. F. MICHELI, op. cit., 111 ss
[15] F. MICHELI, op. cit., 111ss.

In assenza di una chiara cornice giuridica internazionale – sia in termini di giustiziabilità delle violazioni, sia di norme transnazionali vincolanti – il principale strumento di pressione sulle imprese è stato rappresentato, di fatto, da meccanismi informali di reputational ranking. Si tratta di un approccio che, pur avendo prodotto risultati significativi in alcuni contesti, è stato oggetto di critiche rilevanti: in particolare, per la selezione unilaterale da parte delle imprese dei diritti da tutelare e dei settori di intervento, nonché per la scarsa trasparenza e difficoltà di monitoraggio sull'effettiva attuazione degli impegni assunti[16].

3. L'Europa come laboratorio normativo per la Due Diligence

A fronte delle criticità connesse all'efficacia degli strumenti volontari, si è progressivamente affermata l'esigenza di ricorrere a soluzioni di tipo vincolante. In tal senso, diversi ordinamenti nazionali hanno avviato un processo di normazione ispirato ai principi della hard law, introducendo obblighi giuridici per le imprese in materia di Due Diligence. In una prima fase, tali interventi si sono caratterizzati per una significativa eterogeneità, sia per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo e territoriale, sia in relazione alla portata dei contenuti prescrittivi.[17]. Successivamente, anche a livello sovranazionale, sono state assunte una serie di iniziative[18], culminate con la proposta del febbraio 2022 di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della

[16] W. SANGUINETI RAYMOND, *Le catene globali di produzione e la costruzione di un diritto del lavoro senza frontiere*, in Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, 2020, 203; F. MICHELI, op. cit., 26ss; R.M. LOCKE, *The promise and limits of private powers, Promoting labour standars in a global economy*, Cambridge University press, 2013, 12.

[17] I. DAUGAREILH, L. D'AMBROSIO, T. SACHS, *La ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica*, in W. SANGUINETI RAYMOND (a cura di), Comercio internacional, trabajo y derechos humanos, Universidad de Salamanca, 2021, 113ss; T. SACHS, *La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donnneuses d'orde: les ingrédients d'une corégulation*, *Revue du Droit du Travail*, 2017,382.

[18] P. BERNARDO, *Lavoro e ambiente tra sinergia e conflitto*, in *Mass. giur. lav.*, 2020, 795. Si veda anche il nuovo regolamento UE 2020/852 sugli investimenti sostenibili.

sostenibilità[19], finalizzata recentemente nella Direttiva (UE) 2024/1760, nota come Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD), che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937 e il Regolamento (UE) 2023/2859[20].

La Direttiva non può essere analizzata in modo isolato rispetto alla Direttiva (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione di sostenibilità, che impone alle imprese che superano determinate soglie dimensionali l'obbligo di predisporre specifici report sulla sostenibilità delle proprie attività. Quest'ultima, infatti, rappresenta uno strumento complementare che consente un controllo esterno sull'effettivo rispetto dei diritti sociali e ambientali individuati dalla più recente proposta normativa in materia di Due Diligence.

Obiettivo dichiarato della Direttiva è quello di armonizzare gli standard di protezione a livello europeo, tanto per favorire un funzionamento più equo e trasparente del mercato interno, quanto per assicurare una tutela più efficace dei diritti umani, sociali e ambientali lungo l'intera catena del valore. Tale finalità emerge chiaramente dai considerando n. 3, 21 e, in particolare, 99 della Direttiva[21].

La normativa è esplicitamente diretta a evitare gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente, siano essi effettivi o potenziali ed è interessantissima per il diritto del lavoro per diversi profili. Rilevante, ai nostri fini, la definizione di catene di valore, successivamente sostituita con quella di catena di attività e nel testo finale declinata all'art. 3 lettera g) in due diverse prospettive:

---

[19] F. GUARRIELLO, T*ake Due Diligence Seriously: commento alla direttiva 2024/1760*, *DLRI, 2024, 245; M.* PALLINI*, Dalla due diligence governance alla due diligence liability: le conseguenze sistematiche nel rapporto tra impresa e lavoratori, Lavoro Diritti Europa, 4, 2024.* Sulla proposta di direttiva v. M. MURGO, *La proposta di direttiva sulla Corporate sustainability due diligence tra ambizioni e rinunce*, DRI, 2022, 943 e ss.
[20] F. MICHELI, op. cit.; M. MURGO, *Global value chains e diritto del lavoro: problemi e prospettive*, Padova, 2021; V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Torino, 2020.
[21] Sulla proposta di direttiva, tra gli altri, W.SANGUINETI RAYMOND, *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022; M. MURGO, *La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence tra ambizioni e rinunce,* DRI, 2022, 943ss.

i) attività di un partner commerciale a monte di una società inerenti alla produzione di beni o alla prestazione di servizi da parte di tale società, compresi la progettazione, l'estrazione, l'approvvigionamento, la produzione, il trasporto, l'immagazzinamento e la fornitura di materie prime, prodotti o parti di prodotti e lo sviluppo del prodotto o del servizio; ma anche come *ii) attività di un partner commerciale a valle di una società inerenti alla distribuzione, al trasporto e all'immagazzinamento del prodotto di tale società, laddove i partner commerciali svolgano tali attività per la società o a nome della società, a eccezione della distribuzione, del trasporto e dell'immagazzinamento del prodotto soggetto al controllo delle esportazioni a norma del regolamento (UE) 2021/821 o a controlli delle esportazioni relativi ad armi, munizioni o materiali bellici, una volta che l'esportazione del prodotto sia stata autorizzata"*[22].

Non è questa la sede per esaminare compiutamente la direttiva, l'articolazione del processo di due diligence ivi delineato o le clausole apposte in sede di emanazione del testo finale, come la prevedibilità del comportamento lesivo. Appare però interessante che la Direttiva identifichi i diritti sociali tutelati richiamando gli standard individuati e riconosciuti validi a livello internazionale, esplicitamente richiamati dall'articolo 3 comma primo lettera c) come quei "*diritti umani elencati nell'allegato della presente direttiva, parte I, sezione 1, in quanto tali diritti umani sono sanciti dagli strumenti internazionali elencati nell'allegato della presente direttiva, parte I, sezione 2*. Ma, quale norma di chiusura,

[22] La precedente definizione era "*l'insieme delle attività inerenti alla produzione di beni o alla prestazione di servizi da parte di una società, compresi lo sviluppo del prodotto o del servizio e l'uso e lo smaltimento del prodotto, così come le collegate attività esplicate nei rapporti d'affari consolidati della società, a monte e a valle*". M. MURGO, op. cit., 157ss; W. SANGUINETI RAYMOND, Le catene globali di produzione cit., 187 ss.

la Direttiva indica che l'impatto negativo sui diritti umani possa consistere anche in *un abuso di un diritto umano non elencato nell'allegato della presente direttiva, parte I, sezione 1, ma sancito dagli strumenti in materia di diritti umani elencati nell'allegato della presente direttiva, parte I, sezione 2, a condizione che:*

— il diritto umano possa essere oggetto di abuso da parte di una società o di un soggetto giuridico;

— l'abuso del diritto umano pregiudichi direttamente un interesse giuridico tutelato dagli strumenti in materia di diritti umani elencati nell'allegato della presente direttiva, parte I, sezione 2; e — la società sia stata ragionevolmente in grado di prevedere il rischio che tale diritto umano potesse essere leso, considerate le circostanze del caso specifico, compresi la natura e la portata delle attività commerciali della società e la sua catena di attività, le caratteristiche del settore economico e il contesto geografico e operativo.

L'effetto di tali norme è di renderle cogenti per gli Stati soggetti alla Direttiva e quindi per le imprese rientranti nel campo di applicazione della stessa, acquisendo quindi la medesima forza giuridica della direttiva, indipendentemente dal fatto che lo Stato abbia recepito tale norma internazionale.

La clausola su cui si è accentrata la maggiore critica dei primi commentatori è quella che richiede che la società possa aver ragionevolmente previsto il rischio in base al contesto in cui essa opera (geografico, commerciale, economico, della propria struttura). Clausola che, se interpretata estensivamente, rischia certo di rendere poco efficace la tutela dei diritti umani non espressamente compresi nell'elenco del I allegato.

4. La Direttiva CSDDD: campo di applicazione, destinatari e confini normativi

Le prime esperienze nazionali, in particolare quella francese e tedesca, ma anche in parte quella norvegese e olandese, hanno indubbiamente

influenzato lo standard europeo, sebbene va subito notato come l'ambito di applicazione della Direttiva sulla Due Diligence (DDD) sia più ampio rispetto alle norme nazionali.

Infatti, la Legge francese n. 2017-399 (*Loi de vigilance*) prevede un obbligo di vigilanza per le imprese che impiegano più di 5.000 dipendenti in Francia e 10.000 dipendenti a livello globale nella loro catena globale del valore[23]. La Legge tedesca sulla Due Diligence si applica invece alle grandi imprese con sede principale o secondaria in Germania che impiegano più di 3.000 dipendenti a partire dal 2023 e più di 1.000 dipendenti a partire dal 2024. Tuttavia, non si applica alle imprese straniere che non hanno una sede principale o una filiale in Germania, anche se forniscono beni e servizi sul mercato tedesco[24]. La legge norvegese sulla due diligence in materia di diritti umani si applica alle grandi imprese con sede in Norvegia, ma anche alle imprese straniere che offrono beni e servizi e sono soggette a tassazione in Norvegia. Queste possono essere grandi imprese come definite dalla normativa interna o imprese che superano il limite di due delle seguenti tre condizioni: un fatturato di 70 milioni di corone norvegesi (NOK), un bilancio di 35 milioni di NOK o 50 dipendenti a tempo pieno nell'ultimo esercizio finanziario[25].

Diversamente, la Direttiva europea, come regola generale, si applica ai sensi dell'art.2 alle imprese che hanno avuto in media più di 1.000 dipendenti (questa soglia è stata significativamente aumentata nell'ultima

---

[23] M.T. GUSTAFSSON, A. SCHILLING-VACAFLOR, A. LENSCHOW, *Foreign corporate accountability: The contested institutionalization of mandatory due diligence in France and Germany*, in https://www.researchgate.net/publication/363475005_Foreign_corporate_accountability_The_contested_institutionalization_of_mandatory_due_diligence_in_France_and_Germany.

[24] Sulle normative nazionali vedi S. KOOS, *The German Supply Chain Due Diligence Act 2021 and Its Impact on Globally Operating German Companies*, https://www.atlantis-press.com/proceedings/ramlas-21/125973359; M. KRAJEWSKI, K. TONSTAD, F. WOHLTMANN, *Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?* In https://doi.org/10.1017/bhj.2021.43; D. WEIHRAUCH, S. CARODENUTO, S. LEIPOLD, *From voluntary to mandatory corporate accountability: The politics of the German Supply Chain Due* in https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/rego.12501

[25] M. KRAJEWSKI, K. TONSTAD, F. WOHLTMANN , cit, 553.

versione della Direttiva) e un fatturato netto mondiale superiore a 450 milioni di euro nell'ultimo esercizio finanziario, rendendo così l'ambito di applicazione più ampio rispetto alla maggior parte delle leggi nazionali almeno per quanto riguarda il numero di dipendenti[26].

Sia le "imprese costituite secondo la legislazione di uno Stato membro" (art. 2(1)), sia le "imprese costituite secondo la legislazione di un paese terzo" che operano all'interno del mercato unico (art. 2(2)) sono soggette ai requisiti della Direttiva. In questo caso, il limite legato al numero dei dipendenti non viene considerato.

In questo modo, l'ambito della Direttiva si estende al di fuori del territorio soggetto al diritto europeo, includendo le imprese operanti nel territorio dell'UE che sono obbligate a conformarsi alla regolamentazione. Qualsiasi multinazionale che desideri avere una presenza significativa nel mercato europeo dovrà adeguarsi alle disposizioni di cui alla Direttiva e, sostanzialmente, rispettare i diritti umani e ambientali previsti come tali dagli allegati alla Direttiva stessa il cui ambito, quindi, finisce con l'estendersi ben oltre il territorio soggetto alle regole europee.

In questo modo, l'UE si pone come leader globale in materia di diritti umani, utilizzando un meccanismo interessante per obbligare le imprese normalmente non soggette al diritto europeo a rispettarne ugualmente i principi.

[26] La lettera b) del medesimo art. 2 individua il campo di applicazione anche nelle "*pur senza raggiungere i limiti minimi di cui alla lettera a), essere la società capogruppo di un gruppo che ha raggiunto tali limiti minimi nell'ultimo esercizio per il quale è stato o avrebbe dovuto essere adottato il bilancio d'esercizio consolidato*" mentre la lettera c) attiene alle società che hanno stipulato franchising o licenze nell'Unione. Secondo MURGO M., *La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence tra ambizioni e rinunce*, cit, 943ss, sarebbero coinvolte circa 13.000 imprese dell'UE e altre 4.000 di Paesi terzi. Secondo lo stesso autore, il principio di nazionalità è espressamente adottato dal diritto tedesco e dal diritto francese: si veda, criticamente, S. SCHILLER, *Synthèse Introductive*, in Schiller S. (Edited), *Le Devoir De Vigilance*, Lexisnexis, 2019, 3, quello territoriale con la legge olandese sul lavoro minorile e le leggi anglofone sulle forme moderne di schiavitù e quello norvegese. In generale, per un'ampia ricostruzione, W. SANGUINETI RAYMOND, J. VIVERO SERRANO, *La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos*, 2023, Aranzadi

5. I Sindacati e ONG nella CSDDD: attori chiave della vigilanza e dell'attuazione

Per quanto riguarda il ruolo del sindacato, esso è esplicitamente riconosciuto solo nell'ambito della procedura di presentazione dei reclami. Tale limitazione rivela una chiara sfiducia nei confronti di questo tradizionale strumento di tutela dei lavoratori, ritenuto poco idoneo a garantire una protezione efficace nel contesto complesso e frammentato delle catene globali del valore, caratterizzato da numerose criticità[27].

Oltre agli ostacoli tradizionalmente connessi alla tutela sindacale in ambito sovranazionale – come la difficoltà di creare forme stabili di aggregazione tra lavoratori transnazionali – in questo contesto si aggiungono ulteriori criticità, già menzionate in precedenza, nonché l'estrema labilità degli accordi tra le imprese che compongono la catena del valore. Tali accordi, infatti, non sono accessibili ai lavoratori e risultano soggetti a mutamenti continui, non governabili dal sistema di tutele esistente[28].

Invero, non è facile neppure immaginare come le associazioni sindacali delle imprese che costituiscono i diversi anelli di una catena globale del valore possano, laddove esistenti, entrare in contatto tra loro e agire congiuntamente. Appare altrettanto arduo ipotizzare una normativa che possa, eventualmente, imporre alle imprese l'obbligo di favorire tali collegamenti sindacali. In definitiva, gli strumenti tradizionali del diritto del lavoro si rivelano inadeguati a garantire una tutela effettiva dei lavoratori nel contesto delle GVC[29].

---

[27] M. MURGO, op. cit., 199ss.

[28] D'altra parte, l'esperienza dei Comitati Aziendali Europei (CAE) evidenzia come anche a livello dell'Unione si registrino notevoli difficoltà nella costituzione di centri di aggregazione sindacale transnazionale. Le profonde differenze tra i sistemi nazionali – in termini di attività sindacale, ruolo attribuito ai sindacati e quadro normativo di riferimento – rendono infatti complessa la realizzazione di un'azione sindacale sinergica e coordinata a livello europeo

[29] E. DAGNINO, *Il ruolo delle parti sociali nella due diligence: contrasti tra Parlamento e Commissione*, in DRI, 2022, 952.

Non sorprende quindi che la Direttiva europea attribuisca ai sindacati un ruolo estremamente ridotto, e comunque non significativamente diverso da quello degli altri stakeholders, tra cui essi comunque rientrano[30]. Ciò in quanto il loro ruolo potrà rivelarsi cruciale se svolto in sinergia con quello delle altre organizzazioni rappresentative di interessi diffusi che agiscono sulle catene globali del valore, anche se non direttamente rappresentative dei diritti dei lavoratori ma di interessi diversi, come accade per molte NGOs.

La direttiva europea attribuisce infatti un ruolo non irrilevante agli stakeholders, e certamente tra i portatori di interessi vi sono anche i sindacati[31].

Le ragioni del ruolo significativo attribuito dalla norma europea agli stakeholders deriva dalla consapevolezza del legislatore europeo della grande sensibilità delle grandi imprese altamente ai ranking reputazionali, per cui le ONG rappresentano uno strumento efficace di controllo e pressione sulle multinazionali[32].

In altre parole, le ONG possono svolgere un ruolo chiave nel facilitare la transizione verso sistemi sociali e industriali più sostenibili, fungendo da garanti rispetto all'esistenza di eventuali abusi lungo la catena di approvvigionamento, anche grazie alle informazioni fornite dalle stesse aziende in merito alla propria supply chain[33]. Qualora rilevino condizioni di

---

[30] E. Dagnino, op. cit., 955 e ivi per ulteriori riferimenti alle iniziative trasnazionali delle parti sociali e all'auspicio che la direttiva possa incentivare tali accordi internazionali.

[31] F. GUARRIELLO, *Il ruolo del sindacato e delle rappresentanze del lavoro nei processi di due diligence*, *RGL*, 2021, 580-600; C. SPINELLI, *Regulating Corporate Due Diligence: from Transnational Social Dialogue to EU Binding Rules (and Back?)*, *DLM International*, 2022, 103-118. Sul ruolo dei sindacati nella Due Diligence, oltre la nota precedente, si veda A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, *El borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Un análisis a la luz de las normas estatales y de la propuesta del Parlamento Europeo*, *Trabajo y Derecho*, 2022, 88

[32] N.SCHÄFER, L.PETERSEN, J.HÖRISCH, *The Interplay Between Supply Chain Transparency and NGO Pressure: A Quantitative Analysis in the Fashion Industry Context*, Journal of Business Ethics, 2024, 715ss https://doi.org/10.1007/s10551-023-05480-3; R. GARCIANDIA, *Accountability of NGOs: The Potential of Business and Human Rights Frameworks for NGO Due Diligence*, in https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/09615768.2023.2283235, 524ss

[33] J. GUALANDRIS, R. KLASSEN, *Emerging discourse incubator: delivering transformational change: aligning supply chains and stakeholders in non-governmental organizations*, in https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jscm.12164; JORGE A. RODRIGUEZ, C.

lavoro insostenibili, le ONG esercitano pressione sulle imprese affinché adottino misure correttive. Inoltre, rendendo pubbliche informazioni relative alla catena di approvvigionamento, contribuiscono a sensibilizzare l'opinione pubblica, che a sua volta può sollecitare le aziende a migliorare in modo significativo le condizioni dei fornitori e, di riflesso, dei lavoratori. Studi empirici hanno dimostrato che, proprio in seguito alla pressione esercitata dalle ONG, numerose imprese hanno modificato le proprie catene di approvvigionamento al fine di eliminare pratiche non etiche e insostenibili [34].

Accanto a questa funzione tradizionale delle ONG, alcuni autori hanno recentemente individuato un ruolo ulteriore, consistente nel monitorare la conformità delle imprese a determinati standard prestabiliti e nel fornire agli stakeholder esterni una garanzia circa il rispetto, da parte dell'azienda, degli obblighi volontariamente assunti [35]. Si tratta di una funzione ben vista dalle aziende con una solida presenza nei mercati internazionali, che solitamente preferiscono ONG più strutturate e riconosciute, con una maggiore visibilità tra i consumatori[36]. È evidente che, in tali casi, il rischio di un green o social washing risulta particolarmente elevato, per cui diviene indispensabile una maggiore vigilanza anche esterna.

Sensibile evidentemente a questa linea di pensiero, la Direttiva sulla Due Diligence dimostra una notevole attenzione al coinvolgimento degli stakeholder, incluse le ONG e, in modo esplicito, i lavoratori attraverso le loro organizzazioni (considerando 65, 66). Infatti, l'Art. 13 della direttiva è

GIMENEZ THOMSEN, D. ARENAS, M. PAGELL, *Ngos' initiatives to enhance social sustainability in the supply chain: poverty alleviation through supplier development programs,* in https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jscm.12104. Per uno studio empirico S. CHEN, Q. ZHANG, Y-P ZHOU, *Impact of Supply Chain Transparency on Sustainability under NGO Scrutiny*, in https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/poms.12973; S. PRAKASH SETHI, J. ROVENPOR, *The Role of NGOs in Ameliorating Sweatshop-like Conditions in the Global Supply Chain: The Case of Fair Labor Association (FLA), and Social Accountability International (SAI),* in Business and Society Review, 2016, 6ss.

[34] O. CHATAIN, E. PLAKSENKOVA, *NGOs and the creation of value in supply chains*, in Strat Mgmt J. 2019, 604ss. Per un testo maggiormente divulgativo, invece R. HENDERSON, *Nel mondo che brucia*, Sustain, 2020.

[35] S. PRAKASH SETHI, J. ROVENPOR, *The Role of NGOs cit.*, 10ss.

[36] O. CHATAIN, E. PLAKSENKOVA, op. cit , 604ss.

espressamente dedicato al dialogo con gli stakeholder, definiti dall'Articolo 3(1)(n) in modo estremamente ampio[37].

Il ruolo attribuito agli stakeholder è, come detto, di non poco conto. Essi, infatti, devono essere consultati sia nella fase di identificazione degli impatti negativi, attraverso la raccolta delle informazioni necessarie per individuarli, valutarli e attribuire loro priorità, come previsto dagli articoli 8 e 9 (art. 13, par. 3, lett. a), sia nella redazione dei piani operativi di prevenzione e dei piani di azione correttiva (lett. b). Inoltre, è richiesta la loro consultazione anche nelle decisioni relative alla sospensione o cessazione delle relazioni commerciali (ai sensi degli artt. 10(6) e 11(7), lett. c), così come nell'identificazione dei risarcimenti da riconoscere (art. 12, lett. d). Infine, gli stakeholder devono essere coinvolti nello sviluppo di indicatori qualitativi e quantitativi per il monitoraggio della conformità agli standard in materia di diritti umani e diritti dei lavoratori (art. 15, lett. e).

Diversamente, il ruolo dei sindacati è espressamente riconosciuto nell'ambito della procedura di reclamo, in quanto annoverati tra i soggetti legittimati a presentarlo (art. 14, par. 2, lett. b), al pari delle organizzazioni della società civile attive e con esperienza nelle aree interessate. In relazione al risarcimento (art. 29, par. 3, lett. d), i sindacati possono rappresentare i soggetti danneggiati, ma solo congiuntamente a un'organizzazione non governativa per i diritti umani, per l'ambiente o ad altra ONG.

Tutti gli stakeholder, compresi i sindacati, possono inoltre monitorare il rispetto dei parametri sociali e ambientali attraverso le dichiarazioni obbligatorie che le imprese sono tenute a pubblicare in conformità alla Direttiva (UE) 2022/2464 sulla rendicontazione di

[37] La definizione di stakeholder include una vasta gamma di soggetti, tra cui: i dipendenti della società e delle sue filiazioni, i sindacati e i rappresentanti dei lavoratori, i consumatori, nonché tutte le persone fisiche, i gruppi, le comunità o altri soggetti i cui diritti o interessi siano, o possano essere, lesi dai prodotti, dai servizi o dalle attività della società, delle sue filiazioni e dei suoi partner commerciali. Sono altresì inclusi i dipendenti di questi ultimi, con i relativi sindacati e rappresentanti dei lavoratori, le istituzioni nazionali competenti in materia di diritti umani e tutela ambientale, le organizzazioni della società civile impegnate nella protezione dell'ambiente, nonché i legittimi rappresentanti delle persone, gruppi o comunità sopra menzionati.

sostenibilità. Essi hanno anche il diritto di richiedere informazioni pertinenti e aggiuntive rispetto a quelle imposte dalla legge (art. 13, par. 2). Sebbene i sindacati non siano menzionati esplicitamente in tale disposizione, la definizione di stakeholder contenuta all'art. 3, par. 1, lett. n), li include espressamente. Ne risulta che il loro ruolo, nella Direttiva, è sostanzialmente equiparato a quello degli altri stakeholder, senza però alcuna forma di privilegio o tutela rafforzata, come invece accade in numerose altre direttive europee.

Anche nel confronto con le normative nazionali in materia di due diligence, la Direttiva europea assegna alle ONG un ruolo nettamente più incisivo. La legge francese sul dovere di vigilanza, ad esempio, si limita a prevedere che il meccanismo per la segnalazione e la raccolta dei reclami debba essere concordato con i sindacati. Analogamente, la legge tedesca stabilisce (art. 1, sez. 2, par. 4) che le imprese debbano semplicemente tenere conto della posizione degli stakeholder.

Al contrario, nella Direttiva europea il coinvolgimento degli stakeholder è più strutturato e penetrante: le imprese sono tenute a dialogare attivamente con essi (art. 5, lett. e), inclusi i sindacati e gli altri rappresentanti dei lavoratori, in tutte le fasi del processo di due diligence (art. 7, par. 2). Inoltre, la consultazione degli stakeholder assume rilievo anche nel quadro delle attività della Commissione europea, che dovrà coinvolgerli nell'elaborazione di linee guida sulle clausole contrattuali standard volontarie (art. 18) e di linee guida generali e settoriali relative a specifici impatti negativi (art. 19).

L'effetto combinato di queste due innovazioni – l'ampliamento dell'ambito di applicazione della Direttiva sulla Due Diligence e il maggiore protagonismo riconosciuto alle ONG – è destinato a rafforzare ulteriormente il ruolo delle organizzazioni non governative, anche al di fuori dell'Unione Europea, delineando una nuova sfida per le ONG nel futuro mondo del lavoro.

È tuttavia opportuno segnalare che, subito dopo l'adozione della Direttiva, sono emerse iniziative legislative della Commissione europea e del Parlamento finalizzate a ridurne portata ed effetti, attraverso la diminuzione degli oneri normativi a carico delle imprese. In particolare, la "Bussola della competitività" rappresenta una strategia promossa dalla Commissione europea per rafforzare la competitività dell'UE, con l'obiettivo dichiarato di semplificare gli obblighi normativi per le imprese, inclusi quelli relativi alla rendicontazione di sostenibilità, alla due diligence aziendale e alla tassonomia. In tale direzione, la Commissione ha annunciato l'intenzione di presentare proposte normative volte a razionalizzare il quadro esistente, ridurre gli oneri amministrativi e garantire che gli obblighi di due diligence restino proporzionati e coerenti con le esigenze degli investitori[38].

6. Verso un nuovo equilibrio tra impresa globale e diritti fondamentali

L'emergere, fin dalle prime fasi del dibattito, di una tendenza alla riduzione degli obblighi previsti dalle direttive in materia di Due Diligence rivela le difficoltà strutturali nell'utilizzo degli strumenti normativi tradizionali di hard law, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, per garantire la tutela dei lavoratori all'interno delle catene globali del valore (GVC). D'altro canto, come si è visto, anche i tentativi di autoregolamentazione promossi dalle stesse imprese multinazionali suscitano forti perplessità quanto alla loro effettiva efficacia.

In tale quadro, si impone la necessità di individuare strumenti, anche di carattere innovativo e sovranazionale, che siano in grado di indurre – se non obbligare – le imprese al rispetto di livelli minimi di tutela, la cui stessa definizione, peraltro, presenta non poche complessità. In estrema sintesi, la questione fondamentale è comprendere quali risposte sia oggi in grado di offrire il diritto del lavoro internazionale di fronte a queste trasformazioni.

[38] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/

In una prima approssimazione, è possibile affermare che risulti più efficace concentrare l'azione normativa e di enforcement sulla "testa" della catena, ossia sull'impresa multinazionale che la governa, piuttosto che sui singoli anelli, soprattutto quelli collocati a valle. Ciò sia perché il soggetto centrale della catena è più facilmente individuabile e controllabile, sia perché opera, di norma, in Paesi dotati di sistemi giuridici più strutturati e aperti all'intervento regolativo, anche su scala sovranazionale.

Un orizzonte particolarmente promettente, ancora in fase esplorativa ma meritevole di ulteriore sviluppo, è rappresentato dall'impiego delle tecnologie digitali in chiave regolativa, a beneficio dei lavoratori. Si tratta di un ambito che sta iniziando a suscitare crescente attenzione anche nel dibattito giuslavoristico. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, infatti, potrebbero essere utilizzate per attuare nuove strategie di tutela dei diritti e per regolare il funzionamento del mercato del lavoro, specialmente nei contesti ad alta intensità tecnologica.

In altre parole, le dinamiche di controllo e gestione dei lavoratori tramite sistemi algoritmici – finora criticate per il loro impatto negativo – possono essere paradossalmente rovesciate e riconvertite in strumenti di tutela di posizioni giuridiche protette. Senza un utilizzo consapevole di algoritmi, raccolta e analisi dei dati, sarà difficile formulare risposte adeguate ai problemi prodotti dalla digitalizzazione, che investe ormai l'intera società, incluse le stesse catene globali del valore.

Soluzioni innovative potrebbero rivelarsi particolarmente efficaci nelle GVC caratterizzate da un controllo "diffuso" (buyer-driven), come nel caso del fast fashion o della distribuzione al dettaglio, dove l'utilizzo di piattaforme digitali è già massiccio. In queste realtà, si potrebbe ipotizzare una sorta di "inversione tecnologica", in cui le piattaforme – originariamente strumento di potere economico – vengano impiegate anche come leve di

controllo e responsabilizzazione nei confronti degli attori dominanti della filiera.

Al contrario, nelle catene produttive producer-driven, come ad esempio nel settore automobilistico, il potere contrattuale è concentrato nei produttori, che operano in condizioni prossime all'oligopolio. In tali contesti, i margini di intervento diretto sono più ridotti, anche in ragione della natura dei beni prodotti – costosi e difficilmente replicabili – e della limitata influenza esercitata dai consumatori.

Diversamente, nelle catene orientate dal comportamento dei consumatori – dove la concorrenza è più intensa e la domanda fortemente influenzata dalle preferenze espresse tramite le piattaforme – l'utilizzo di strumenti digitali come leva di pressione può risultare particolarmente efficace. In questi casi, i lavoratori situati anche negli anelli più deboli della catena possono, attraverso strumenti digitali e reti sociali, influenzare l'opinione pubblica e i comportamenti dei consumatori, esercitando così una pressione indiretta ma significativa sulle imprese, affinché rispettino gli standard stabiliti dagli organismi internazionaliNon si tratta certo di una novità assoluta, quanto piuttosto di attualizzare una modalità di lotta assai antica, tipica degli albori del diritto del lavoro, in quanto, a ben vedere, i meccanismi reputazionali altro non sono che una nuova forma di boicottaggio come forma di lotta e di pressione sull'imprenditore.[39]

Unendo tale antica forma di lotta con le possibilità offerte dalle nuove tecnologie è possibile realizzare, almeno nei contesti descritti, un efficace controllo al fine di una migliore tutela dei diritti umani oltre che ambientali. Un nuovo compito alla quale la dottrina giuslavoristica, e non solo, sarà chiamata nei prossimi anni.

[39] MOCELLA, LETTIERI, *Catene di valore e tutela dei lavoratori nell'era delle piattaforme digitali. strategie regolative ai confini tra diritto del lavoro, computational legal studies e nudge reputazionale,* in W. SANGUINETI RAYMOND, J. BAUTISTA VIVERO SERRANO, *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Salamanca, 2022.

LAS RELACIONES TRASATLÁNTICAS EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PRESIDENCIA DE JOE BIDEN: UNA MIRADA A LA UNIÓN EUROPEA, LA OTAN Y ESPAÑA

Transatlantic relations in the context of international law and human rights under Joe Biden: a look at the European Union, NATO and Spain

Adrián Ortiz Climent[1]

Universidad Europea de Valencia

DOI: https://doi.org//10.62140/AOC333107236

Sumario: 1. Introducción; 2. Las relaciones trasatlánticas durante el mandato de Joe Biden; 3. Joe Biden y las relaciones con la Unión Europea; 4. La administración presidencial de Biden y su influencia en la OTAN; 5. Estados Unidos y España: sus relaciones bilaterales actuales; Conclusiones.

Resumen: Mediante el presente artículo de investigación se pretende llevar a cabo un análisis de las denominadas relaciones trasatlánticas de los Estados Unidos de América, desde una triple visión: en primer término, con la Unión Europea; en segundo lugar, con los socios europeos de la OTAN; por último, con España, todo ello con la visión del derecho internacional y de los propios derechos humanos. También se examinará esta cuestión teniendo en cuenta otro factor relevante: el favor de la persona que ocupa la Casa Blanca; es decir, la perspectiva de la presidencia de Joe Biden, cómo dichas relaciones trasatlánticas la marcan y la importancia que se les da en el contexto de su mandato. El artículo se estructura, pues, como sigue: un apartado introductorio, los siguientes dedicados a esas tres líneas de relación de los Estados Unidos con Europa, y uno último de conclusiones acerca del desarrollo de tales vínculos desde la presidencia del demócrata Biden. Se tendrá en cuenta, como conclusión fundamental, hasta qué punto las

[1] Profesor de derecho constitucional y relaciones internacionales en la Universidad Europea de Valencia. Doctor en derecho constitucional por la Universidad de Valencia, Investigador colaborador del Instituto Franklin en la Universidad de Alcalá de Henares y miembro del área científica de derecho constitucional de Iberojur. Licenciado en derecho y Master en Estudios Internacionales y de la Unión Europea, ambos por la Universidad de Valencia.

relaciones a ambos lados del Atlántico son cruciales para el presente y el futuro del orden mundial.

Palabras clave: Estados Unidos; España; Unión Europea; relaciones trasatlánticas; OTAN; política exterior

Abstract: This research article aims to carry out an analysis of the so-called transatlantic relations of the United States of America, from a triple perspective: first, with the European Union; second, with the European partners of NATO; finally, with Spain, all from the perspective of international law and human rights themselves. This issue will also be examined considering another relevant factor: the favor of the person who occupies the White House; that is, the perspective of Joe Biden's presidency, how these transatlantic relations mark it and the importance given to them in the context of his mandate. The article is therefore structured as follows: an introductory section, the following ones dedicated to these three lines of relationship of the United States with Europe, and a final one with conclusions about the development of such links since the presidency of the Democrat Biden. It will be taken into account, as a fundamental conclusion, to what extent the relations on both sides of the Atlantic are crucial for the present and the future of the world order.

Keywords: United States; Spain; European Union; transatlantic relations; NATO; foreign policy

1. Introducción

El presente artículo de investigación pretende abordar desde una óptica lo más amplia posible las relaciones trasatlánticas de la presidencia de los Estados Unidos en relación con la Unión Europea, la OTAN y España. Tales relaciones son fundamentales para la diplomacia mundial. Los vínculos entre los Estados Unidos y el viejo continente forman parte del ordenamiento internacional y de los lazos históricos entre España y los Estados Unidos. Por ello, es necesario analizar de qué modo los inquilinos de la Casa Blanca han abordado estas relaciones, y se hará desde una triple visión:

Por un lado, en lo que se refiere a los Estados Unidos y el bloque comunitario: la Unión Europea, como potencia comercial, y el país norteamericano, como primera potencia mundial, comparten intereses y valores, además de principios democráticos e históricos, junto con el respeto a los derechos humanos y el derecho internacional.

Por otro lado, resulta imprescindible examinar las relaciones de corte defensivo; en este sentido es crucial la vinculación entre los Estados Unidos y la Organización sobre el Tratado del Atlántico Norte (conocida por sus siglas, OTAN), más en concreto con sus miembros europeos, desde el punto de vista histórico y también diplomático. Dependiendo de quién sea en cada momento el presidente de los Estados Unidos, la OTAN cobra relevancia en las prioridades presidenciales o queda relegada a un papel secundario.

Por último, es necesario tener en cuenta las relaciones entre los Estados Unidos y sus diferentes socios europeos, y uno de los más relevantes es España; los vínculos históricos entre ambas naciones son robustos y de larga tradición. La presencia de intereses estratégicos estadounidenses en España no solo es de tipo militar o diplomático —por la situación geográfica de nuestro país—, sino que se extiende a los ámbitos cultural, empresarial y del propio sistema político. Se trata de unas conexiones de carácter permanente y bilateral, necesarias para entender la historia democrática del Estado español, su futuro en relación con los Estados Unidos y la influencia de este país en el nuestro.

Por tanto, se abordará en las siguientes líneas esta triple visión. Pero, además, resulta imprescindible conocer cómo se han enfocado tales relaciones desde la presidencia de Joe Biden. Cada mandato presidencial marca una tendencia en la política exterior de los Estados Unidos, y las relaciones trasatlánticas son fundamentales en la actualidad para la administración Biden. Este presidente ha virado respecto de su antecesor en su manera de abordar el trato con el bloque europeo y con la OTAN, y también en sus vínculos con España ha efectuado una serie de mejoras que se examinarán en profundidad a continuación. Todo ello, utilizando la metodología de recopilación, lectura y análisis de las fuentes bibliográficas primarias y secundarias necesarias para poder llevar a cabo la presente propuesta.

2. Las relaciones trasatlánticas durante el mandato de Joe Biden

De manera general, las relaciones trasatlánticas a lo largo de la presidencia de Joe Biden se pueden calificar con una palabra: normalidad. Es decir, estas han regresado al lugar de donde nunca debieron salir. En lugar de ser tirantes y poco prácticas, han vuelto a sus cauces habituales de normalidad institucional. Si algo ha dejado patente la presidencia del controvertido mandatario republicano Donald Trump es que las relaciones trasatlánticas no

eran su prioridad[2]; más aún, pasaron a ser, en los ámbitos de la economía o la defensa colectiva, bastante tirantes o incluso poco amistosas. Tales relaciones se caracterizaron en ese periodo por el importante papel del gasto en defensa de los socios de la OTAN o el de la propia Unión Europea; esos constituyeron los ejes de unos tratos entre ambos lados del Atlántico en ocasiones muy distantes.

Con la llegada de Biden a la Casa Blanca tras las polémicas elecciones presidenciales del 2020, era acuciante que dichas relaciones se recompusieran desde el respeto mutuo y la colaboración. Factores como la agresividad rusa y la guerra de Ucrania no hacen sino adelantar esa recuperación hasta el nivel más estrecho en la historia reciente de los países de ambos lados del océano. Todo ello, con las violaciones de los derechos humanos en los conflictos como el de la propia Ucrania o en Oriente Medio.

Así pues, se puede afirmar que las relaciones trasatlánticas fueron cruciales para la administración Biden[3], tanto por los acontecimientos de Ucrania como por otra serie de factores de índole comercial y económica, pero también por esa unión en el respeto al derecho internacional y los derechos humanos. El bloque comunitario (la Unión Europea) constituye la primera potencia mundial en cuanto al comercio, a lo que habría que añadir su capacidad de consumo y de exportación. Pero para los Estados Unidos otro factor de importancia es su política comercial de contención en Asia, más en concreto respecto a China. El despliegue de la red de 5G en Europa y el papel de las compañías chinas es fundamental en este nuevo orden mundial, y las relaciones trasatlánticas marcan un punto de inflexión necesario para que la UE y, en general, los Estados europeos, se alineen con los Estados Unidos en su política de contención económica y desarrollo tecnológico en lo que tiene que ver con el gigante asiático. También el papel de la propia Unión Europea como valedor de los derechos humanos y los derechos fundamentales, como el convenio europeo de derechos humanos así lo demuestra.

En resumen, para el presidente Biden las relaciones trasatlánticas fueron fundamentales tanto para contener a China[4] como para disponer en

[2] Para saber más de cómo fue la política exterior de Trump en su primer mandato, acudimos a Schier, Steven E. Y Eberly, Todd E. *The Trump Presidency*. Rowman & Littlefield, pp 111, 2017.

[3] Para entender mejor la presidencia de Biden, debemos consultar a Allen, Jonathan Y Parnes, Amie. *Lucky: How Joe Biden Barely Won the Presidency*. Crown New York, 2021.

[4] Para una mayor comprensión de esta afirmación, podemos acudir a: CHON, GINA. «La tregua comercial entre EE. UU. y la UE abre la puerta a un frente antichino». *El País*, 19-05-2021.

Europa de un aliado con el que hacer frente al enemigo común: la agresión rusa a Ucrania y el respeto al derecho internacional y los propios derechos humanos. Se puede afirmar que esta guerra ha llevado a que las relaciones trasatlánticas tomen un nuevo impulso hacia el refuerzo de la seguridad colectiva y las relaciones comerciales y energéticas. Para la administración Biden, fue clave cortar la dependencia energética que Europa tiene con respecto a Rusia. Prueba de ello son los intercambios de gas licuado norteamericano y sus exportaciones a Europa.

Con el retorno en 2020 del demócrata a la Casa Blanca el impulso hacia el viejo continente se ha hecho, pues, patente. Para el presidente Biden los aliados europeos eran imprescindibles en su estrategia de seguridad y política exterior, lo que ha llevado a que se produzca un giro de 180 grados[5] respecto a la postura de su predecesor y actual presidente, Donald Trump. Los socios europeos eran, para Trump, una suerte de «niños perezosos» que solo se aprovechaban del «papá americano», sobre todo en el campo de la defensa colectiva. Las decisiones económicas y de índole militar de la administración republicana provocaron uno de los mayores distanciamientos vistos hasta el momento en las relaciones trasatlánticas. Con la segunda administración Trump, el derecho internacional, los derechos humanos y el vínculo transatlántico pasan a un segundo plano.

Y es que el panorama global ha cambiado: la región del Pacífico sigue concentrando los esfuerzos estadounidense[6]s, pero también para intervenir de manera adecuada en ese campo los lazos con las naciones europeas son fundamentales. Por otra parte, la guerra en Ucrania ha demostrado que la sumisión que algunos plantean que existe en estas relaciones trasatlánticas no es tal: al contrario, resulta necesario un vínculo de igual a igual, aunque lógicamente en determinados asuntos la voz más destacada sigue siendo la de los Estados Unidos. Es posible obviar este punto, o criticarlo con ferocidad, pero también aprovecharlo para influir en la política estadounidense y que los lazos trasatlánticos vuelvan a cobrar importancia para cualquier administración, demócrata o republicana; si se consigue tal cosa, se logrará un poder de influencia más que necesario. Por ello, el respeto a los derechos

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/18/opinion/1621337907_031988.html

[5] Fundamentado en: Basterra, Francisco G. «Primeros Compases». *El País*, 08-03-2021 https://elpais.com/opinion/2021-03-07/primeros-compases.html

[6] Para entender mejor esta afirmación, debemos de acudir a: Neil, Jose Luis. *El destino manifiesto de una idea: los Estados Unidos y el sistema internacional*. UAM Ediciones, 2018.

humanos no solo en Ucrania, sino en Oriente Medio es otro de los puntos donde la propia Unión Europea ha dejado sentir su influencia mundial.

Así pues, el reimpulso de las relaciones trasatlánticas resulto evidente; el presidente Biden, entendio de la necesidad de contar con sus aliados europeos en política exterior[7] y económica, así como en el hecho de compartir los valores democráticos occidentales, donde el respeto a los derechos humanos, la no violación de los convenios internacionales y el respeto a la legalidad internacional, son uno de los fundamentos de este intercambio transatlántico.

3. Joe Biden y las relaciones con la Unión Europea

El trato entre los Estados Unidos y el bloque comunitario se puede resumir empleando el símil de una montaña rusa: ha existido siempre un vaivén de bajos y altos durante el mandato de cada presidente de aquel país. Esto habría de ser lo normal para determinar cómo están las relaciones en las dos orillas del Atlántico. No obstante, un presidente en concreto las ha desestabilizado por completo y, con ello, los lazos de la UE con los Estados Unidos. Se trata, por supuesto, de Donald Trump. Y su actual segundo mandato ha arrancado del mismo modo, con una falta de acercamiento patente hacia la Unión Europea.

La relación entre los socios europeos y la administración del presidente republicano estuvo marcada por los reproches y la calificación, por parte de este, de sus aliados como «poco serios, infantiles y aprovechados». Ello provocó un distanciamiento nunca visto en ese vínculo histórico y diplomático a ambos lados del Atlántico[8]. Ahora, con la llegada de la administración del demócrata Biden la relación se empezó a reconducir y, sobre todo, se intentó un acercamiento y la recuperación de la normalidad entre ambos bloques.

---

[7] A partir de: De Miguel, Bernardo. «Kerry escenifica en Bruselas el acercamiento de Estados Unidos a la Unión Europea». *El País*, 09-03-2021. https://elpais.com/internacional/2021-03-09/la-ue-y-ee-uu-se-comprometen-a-acelerar-esta-decada-de-lucha-contra-el-cambio-climatico.html

[8] Prueba de esta afirmación la podemos encontrar en: Lamb, Charles M. Y Neiheisel, Jacob R. *Presidential Leadership and the Trump Presidency. Executive Power and Democratic Government*. Palgrave Macmillan, 2019.

La prioridades de Biden pivotaron en torno a la defensa colectiva; la guerra de Ucrania marca el paso en este campo, como lo hacen el relanzamiento de los ejércitos nacionales y el rearme en el ámbito europeo, una constante en nuestros tiempos. No obstante, estos aspectos no son los únicos donde el vínculo trasatlántico se ha intentado reforzar: en las relaciones comerciales ha existido una fricción nunca vista entre la Unión Europea y los Estados Unidos durante la etapa Trump; se llegó a dar un estado de enorme frialdad y tensión, y —lo que es más grave— de cuantiosas sanciones a empresas europeas en defensa del sector productivo de aquel país.

La pregunta, pues, resulta clara: ¿ fue un cambió la llegada de Biden a la presidencia? ¿Se ha reducido el proteccionismo hacia el comercio nacional y la aplicación de agresivos aranceles sobre la exportación europea? En efecto, ha mejorado, pero tampoco se ha producido un levantamiento total de los aranceles a determinados productos europeos por parte de la administración Biden. Este es, por tanto, uno de los ámbitos en los que las relaciones trasatlánticas se han de intensificar y potenciar, sobre todo a través del establecimiento de potentes lazos comerciales, y de un intercambio justo y equilibrado a ambos lados del Atlántico. La administración Biden, no retiro todos los aranceles previstos, al igual que los puntos de vita respecto del derecho internacional y los derechos humanos no fueron concordantes.

Biden sí que recupero la costumbre de programar visitas a líderes, presidentes y primeros ministros de países de la Unión Europea, así como al propio Consejo Europeo. Este punto, aunque parezca una estrategia meramente formal, es un termómetro idóneo de las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Europea[9]. Que un presidente estadounidense pueda tomar parte de las reuniones de los líderes comunitarios y sea invitado a participar en su Consejo es fundamental para potenciar y reforzar estos vínculos trasatlánticos.

Sucede lo mismo con las visitas oficiales de diversos líderes comunitarios a Washington DC. A raíz de las mismas pueden surgir acuerdos que fomenten dichos lazos de reforzamiento y cooperación trasatlántica, más necesarios que nunca en un mundo progresivamente más polarizado e inestable. Con la guerra en Oriente Medio, las vulneraciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, estas visitas y los posibles acuerdos, serán ejes fundamentales en los próximos años.

[9] Afirmación fundamentada en: Galindo, Jorge. «La tarea de Biden». *El País*, 21-01-2021. https://elpais.com/opinion/2021-01-20/la-tarea-de-biden.html

Como hemos visto, la inestabilidad en el Pacífico y la pujanza económica y militar de China jugaron un papel clave en la presidencia del demócrata en los Estados Unidos. El despliegue de la tecnología 5G por parte de este país en Europa derivó en la exigencia estadounidense de que la UE se comprometa a no favorecer los intereses chinos al respecto. Además, los nuevos pesos en el Pacífico entre Estados Unidos, Corea del Sur, Australia y Japón hacen que el bloque comunitario no pueda mirar hacia otro lado, teniendo en cuenta que algunos de sus integrantes tienen o han tenido intereses significativos en la zona, como es el caso de Francia. El respeto hacia los derechos humanos en la propia China, es otro de los asuntos que deberán de abordar en los próximos años.

Todo ello ha llevado a que la relación con los países miembros de la UE sea hoy en día crucial para la anterior administración estadounidense y para el anterior presidente, Joe Biden. Pero la cuestión no se limita a lo comercial, defensivo o diplomático: los lazos entre ambos lados del Atlántico son muy intensos también desde el punto de vista cultural, y se sustentan en unos principios democráticos compartidos en defensa de la multilateralidad y la gobernanza global, el respeto a los derechos fundamentales, los propios derechos humanos y el derecho internacional en su conjunto[10].

4. La administración presidencial de Biden y su influencia en la OTAN

Como es lógico, la defensa colectiva resulta fundamental para la seguridad y la acción exterior de los Estados Unidos. Al igual que ha sucedido con el anterior punto, la influencia que la primera potencia mundial ejerce en la Alianza Atlántica puede variar dependiendo de quién sea el inquilino de la Casa Blanca[11]. Para algunos presidentes, la OTAN ha sido simplemente un colectivo unido en la defensa común; para otros, en cambio, es una estrategia de seguridad colectiva que implica compartir ciertos valores. Para varios mandatarios estadounidenses, su única misión ha sido que los aliados de la OTAN aporten más recursos a la defensa común, sin importarles nada más allá de las estadísticas de gasto en defensa. Un ejemplo de esto fue la actitud de Donald Trump, acérrimo defensor de dedicar el 2 % del PIB para defensa

[10] Para entender mejor el punto de vista de la presidencia de Joe Biden, debemos consultar a: Rick, Daniels. *Restoring the Soul of America. The Election of Joe Biden as the 46th President of the United States*. Wheelhouse Publishers, 2021.

[11] Para comprender esta afirmación, acudir a: Priego, Alberto (coord.). *Política exterior de los Estados Unidos*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2015.

por parte de sus aliados atlánticos. En su actual presidencia, dicha cifra se ha elevado, hasta el 5% del PIB de cada pais miembro de la organización atlántica.

Es por ello que la influencia de la llegada al poder del demócrata Biden quedo patente en ese aumento al 2 % del gasto en defensa por parte de sus socios en la Alianza Atlántica. Pero la estrategia de influencia de la anterior administración de los Estados Unidos sobre la OTAN difiere en gran medida respecto a la de su predecesor: para el republicano Trump, se trataba más bien una imposición, incluso en algunos casos de carácter coercitivo[12]. En cambio, para el demócrata Biden ha constituido un proceso gradual. Este aspecto marca la diferencia entre la anterior administración y la actual. Para el actual presidente, esta inversión no solo debe de llegar al 2%, sino elevarse hasta alcanzar el 5%.

Aunque pueda resultar paradójico, la guerra de Ucrania y el subsecuente aumento del gasto en defensa de todos los aliados han marcado un punto de inflexión sin necesidad de que Biden necesitara ejercer mucha presión. Su influencia en la OTAN ha recobro el prestigio perdido y, lo que es más importante, los miembros europeos de la Alianza Atlántica encontraron en la administración demócrata de aquel país un tono y una manera de entender a esta organización opuesta a la del republicano que le antecedió. Se trata de hacerles ver que Estados Unidos, como potencia militar, siempre estará disponible para la defensa colectiva, pero que también es necesario que el resto de naciones inviertan en sus capacidades defensivas. Con la invasión de Ucrania y la posterior guerra en aquel país, el miedo y las reservas hacia Rusia han disparado los presupuestos de defensa de los aliados sin necesidad de imposición alguna por parte del país norteamericano[13]. Al igual que las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional, han demostrado que solo con una defensa sólida y robusta, se pueden defender los derechos humanos frente a los enemigos de los mismos, de su respeto y su aplicación universal.

Se puede decir, por tanto, que el Gobierno de los Estados Unidos recupero de manera clara e inequívoca su capacidad de influencia en la OTAN.

---

[12] Para entender mejor esta afirmación, consultar a: Fernández, Carmen. «Donald Trump, lo nunca visto». *Revista Crítica*, n.º 1024, 2017, pp 30-37.

[13] Respecto de la visión de la guerra de Ucrania, consultar a: Sánchez-Vallejo, María ANTONIA. «Joe Biden redobla la alianza de Estados Unidos con Europa frente a la invasión rusa de Ucrania». *El País,* 21-03-2022. https://elpais.com/internacional/2022-03-21/joe-biden-redobla-la-alianza-de-estados-unidos-con-europa-frente-a-la-invasion-rusa-de-ucrania.html

Turbulencias internacionales como las citadas o el actual conflicto entre Israel y Palestina dejan claro que una alianza defensiva entre países es más necesaria que nunca, y el papel de la primera potencia militar mundial es en este caso el de dar soporte a las naciones que la conforman, siempre y cuando estas respondan de manera adecuada, incrementado asimismo sus inversiones en defensa. Se ha comprobado que el famoso 2 % del PIB se va a superar en muchos casos. Este ha sido el gran logro de la administración del demócrata Joe Biden. Precisamente con la guerra entre Hamas y Israel, los derechos humanos han vuelto a recobrar la repercusión internacional perdida. El foco en los mismos, las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y su protección efectiva, es otro de los puntos que son fundamentales no solo en la OTAN, sino hacer valer ante la nueva administración norteamericana.

5. Estados Unidos y España: sus relaciones bilaterales actuales

Daremos a continuación un paso más en este análisis de las relaciones trasatlánticas desde el punto de vista del derecho internacional y los derechos humanos, centrándonos en la que mantienen dos socios históricos: España y Estados Unidos. Este vínculo ha pasado por etapas de altibajos y momentos álgidos y fríos. No obstante, podemos afirmar que no puede ni debe someterse a la voluntad del presidente del Gobierno español de turno, como tampoco ha de depender del inquilino de la Casa Blanca. Estos dos países comparten valores democráticos, de respeto a los derechos fundamentales y los propios derechos humanos, pero también culturales, defensivos y económicos, por lo que su unión es fundamental para ambos.

La relación actual no es fría, pero tampoco cálida ni estrecha. Para los Estados Unidos, España es un socio «de los nuestros», pero no preferente, como puedan ser Japón o el Reino Unido[14]. Las llamadas de Biden a los líderes europeos durante el arranque y seguimiento de la guerra de Ucrania demuestran que esta relación bilateral no presentaba una especial relevancia para él. Cierto es que en ocasiones posteriores se ha intentado corregir este aspecto por parte de los Estados Unidos, pero aun así ha habido señales en contra, como el hecho de que tras la visita de nuestro presidente a la Casa

[14] Para entender mejor esta afirmación debemos acudir a: Schier, Steven E. Y Eberly, Todd E. *The Trump Presidency*. Rowman & Littlefield, pp 111, 2017 pero también a Priego, Alberto (coord.). *Política exterior de los Estados Unidos*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2015.

Blanca no se convocara una rueda de prensa conjunta entre ambos mandatarios.

Es, pues, imprescindible seguir impulsado este acercamiento en nuestra relación bilateral. Para los Estados Unidos, las bases militares de Morón y Rota son esenciales para su seguridad nacional e internacional. Debemos aprovecharnos de ello y de las ampliaciones del convenio entre ambos países para, sin complejos, seguir afianzando nuestros lazos con el país norteamericano. Ambas naciones comparten valores económicos, históricos y culturales, y hay que demostrar a ese país su necesidad de tener en cuenta a España como socio fiable y de primer orden[15]. Y el respeto a los derechos humanos, el derecho internacional y los valores occidentales, son una de las máximas para España.

En este sentido, nuestra especial relación en materia de seguridad colectiva dentro del paraguas de la OTAN ha de ampliarse a vínculos más estrechos en sectores económicos como las energías renovables o las infraestructuras. Cierto es que en tales sectores la presencia española ya es considerable, pero se pueden incentivar más aún los lazos económicos y comerciales. Todo ello tal vez haga mejorar nuestra posición cuando los diferentes gobiernos estadounidenses impongan aranceles a la importación de determinados productos a su país. Sin olvidar la histórica posición de España hacia el respeto a los derechos humanos, en ocasiones no compartida por nuestro aliado, pero que es fundamental dentro del derecho internacional.

Pero, además de en lo económico, los intercambios sociales y demográficos son clave: atraer el «trueque» entre ciudadanos estadounidenses y españoles, pero también fomentar el uso del español y, por tanto, el legado hispánico de los Estados Unidos es fundamental para esa relación bilateral. Hay que recordar y fomentar —y hacer mucha pedagogía al respecto— que el origen de parte de los Estados Unidos no es británico, sino de fundación hispánica y, por tanto, española. Importantes figuras militares que intervinieron en la lucha por la independencia de ese país, algunos de los cuales cuentan con esculturas erigidas en el Congreso en Washington DC, eran hispanos. La línea que seguir, por tanto, ha de ser la de la intensificación de esta cultura compartida.

En consecuencia, ni el actual Gobierno ni los posteriores pueden hacer depender esta relación bilateral exclusivamente de posiciones

[15] Para entender mejor esta afirmación, acudir a: https: Rahman, Mujtaba. «Gestionar la unidad transatlántica». *El País*, 24-03-2022. https://elpais.com/opinion/2022-03-24/gestionar-la-unidad-transatlantica.html

ideológicas o políticas, ni de intereses de los partidos o de su electorado. Se trata de relaciones que van más allá, y que pueden llegar a suponer pasar a ser dos estados en plena colaboración y sobre todo compartiendo intereses nacionales e internacionales, enmarcados en relaciones comerciales, económicas, culturales y personales, de respeto a los derechos humanos y el refuerzo del derecho internacional como base de la resolución de los conflictos internacionales. Es necesario que el Gobierno estadounidense entienda que, además de ser un socio colectivo de defensa —por nuestra membresía en la OTAN— en España compartimos ciertos valores y lazos históricos fundamentales para los Estados Unidos. Sin esta ambición y este impulso, la relación bilateral se limitará a un vínculo correcto entre socios, sin más aliciente que la alianza defensiva y de mantenimiento de la mutua seguridad. Por ello, se debe de seguir intentando influir en la nueva administración Trump, no solo en estos vínculos históricos, sino en el respeto a los derechos humanos y los valores compartidos durante décadas.

Conclusiones

Tras el análisis realizado en los apartados anteriores es posible concluir que las relaciones trasatlánticas desde la visión del derecho internacional y los derechos humanos, son fundamentales en el devenir tanto de España como de la Unión Europea, la OTAN y, cómo no, respecto al papel que los Estados Unidos están llamados a desempeñar en las relaciones internacionales de esta era global. En dicho campo, los lazos entre España y los Estados Unidos han de ser más estrechos y cobrar un protagonismo mayor que el actual. Las relaciones trasatlánticas se deben asentar en la seguridad común, pero también en el fomento de la herencia hispánica de los Estados Unidos y el conocimiento del español en la primer potencia mundial. La cada vez mayor minoría latina en ese país juega a favor de que nuestro idioma sea aún más potenciado; este puede ser un punto de conexión fundamental en tal relación bilateral trasatlántica.

También es necesario seguir fortaleciendo el papel de Estados Unidos en el seno de la OTAN y evitar las reticencias de anteriores gobiernos de ese país respecto de los miembros europeos de la Alianza Atlántica. La OTAN debe seguir ejerciendo ese papel en las relaciones internacionales y la seguridad en el hemisferio norte. Donde el respeto al derecho internacional, la protección y la implementación efectiva de los derechos humanos, sea una de las máximas a seguir. No obstante, como se ha hecho en las últimas décadas, su colaboración e impulso se pueden trasladar a la zona del Pacífico,

donde actores tan relevantes como Japón, Australia o Corea del Sur podrían ser clave para los aliados europeos y también para los Estados Unidos. Por ello, el papel de este último país en la OTAN no se puede retrotraer a épocas de reproches y desconfianza con sus aliados europeos, ya que estos son esenciales para la estrategia de seguridad y defensa del país norteamericano.

También es posible concluir que la relación entre los Estados Unidos y la Unión Europea no ha de desdibujarse ni se le puede restar importancia, ya que resulta crucial para ambas partes. Los países de la UE y, por tanto, las instituciones comunitarias, deben fomentar el trato privilegiado entre Estados Unidos y el bloque europeo. No es posible obviar ni dejar de lado la relación con la primera potencia mundial en detrimento de otras latitudes sobre cuya relación no se ha comprobado que exista un arraigo tan fuerte. La Unión Europea como garante de los propios derechos fundamentales y de los derechos humanos, debe de seguir dejando patente su influencia en su relación con Estados Unidos, en el campo del derecho internacional y de la protección, junto con el respeto hacia derechos humanos, como prioridad clara y de primer orden.

De manera general, esta mirada hacia la OTAN, la Unión Europea y España, y las relaciones de estos tres actores con los Estados Unidos nos deben llevar a la conclusión de que los vínculos trasatlánticos han de ser un aspecto que cuidar y potenciar por parte de los países europeos y la otra parte del binomio, los Estados Unidos de América[16]. Dichos vínculos, amén de históricos, son fundamentales para el devenir del orden global, y clave hoy en día en la diplomacia y las relaciones internacionales, junto con el respeto y la protección de los derechos humanos. Conservándolos se logrará que los valores que compartimos sean extrapolables a otras latitudes en las que no se pueden disfrutar hoy en día, y donde incluso a menudo son despreciados, imponiéndoles la etiqueta despectiva de «occidentales». No obstante, son precisamente esos valores comunes en la cultura, la economía, la sociedad, la defensa, la seguridad, el derecho internacional, los derechos humanos y los intercambios comerciales los que deben primar en las relaciones trasatlánticas actuales y, sobre todo, futuras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[16] Para comprender el porqué de esta especial atención, podemos acudir a: Schwartz, E. Heather. *Joe Biden. From Scranton to the White House*. Lerner Publications Company, 2021.

ALLEN, JONATHAN Y PARNES, AMIE. *Lucky: How Joe Biden Barely Won the Presidency*. Crown New York, 2021.

BASTERRA, FRANCISCO G. «Primeros Compases». *El País*, 08-03-2021. https://elpais.com/opinion/2021-03-07/primeros-compases.html

CHON, GINA. «La tregua comercial entre EE. UU. y la UE abre la puerta a un frente antichino». *El País*, 19-05-2021. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/18/opinion/1621337907_031988.html

DE MIGUEL, BERNARDO. «Kerry escenifica en Bruselas el acercamiento de Estados Unidos a la Unión Europea». *El País*, 09-03-2021. https://elpais.com/internacional/2021-03-09/la-ue-y-ee-uu-se-comprometen-a-acelerar-esta-decada-de-lucha-contra-el-cambio-climatico.html

FERNÁNDEZ, CARMEN. «Donald Trump, lo nunca visto». *Revista Crítica*, n.º 1024, 2017, pp 30-37.

GALINDO, JORGE. «La tarea de Biden». *El País*, 21-01-2021. https://elpais.com/opinion/2021-01-20/la-tarea-de-biden.html

GORMLEY, BEATRICE. *Joe Biden: Our 46th President*. Aladdin, 2021.

KAZIN, MICHAEL, «Trump and American Populism», *Foreign Affairs*, vol. 95, n.º 6, 2016, pp 25-32.

LAMB, CHARLES M. Y NEIHEISEL, JACOB R. *Presidential Leadership and the Trump Presidency. Executive Power and Democratic Government*. Palgrave Macmillan, 2019.

MARS, AMANDA. «Biden gana la guerra diplomática en Europa». *El País*, 21-03-2022. https://elpais.com/internacional/2022-03-21/biden-gana-la-guerra-diplomatica-en-europa.html

NEILA HERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS. *El destino manifiesto de una idea: los Estados Unidos y el sistema internacional*. UAM Ediciones, 2018.

PRIEGO MORENO, ALBERTO (coord.). *Política exterior de los Estados Unidos*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2015.

RAHMAN, MUJTABA. «Gestionar la unidad transatlántica». *El País*, 24-03-2022. https://elpais.com/opinion/2022-03-24/gestionar-la-unidad-transatlantica.html

RICK, DANIELS. *Restoring the Soul of America. The Election of Joe Biden as the 46th President of the United States*. Wheelhouse Publishers, 2021.

RIZZI, ANDREA. «Sin Trump, el Atlántico vuelve a ser océano en vez de abismo». *El País*, 19-02-2021. https://elpais.com/internacional/2021-02-19/sin-trump-el-atlantico-vuelve-a-ser-oceano-en-vez-de-abismo.html

SÁNCHEZ-VALLEJO COBO, MARÍA ANTONIA. «Joe Biden redobla la alianza de Estados Unidos con Europa frente a la invasión rusa de Ucrania». *El País,* 21-03-2022. https://elpais.com/internacional/2022-03-21/joe-biden-redobla-la-alianza-de-estados-unidos-con-europa-frente-a-la-invasion-rusa-de-ucrania.html

SCHIER, STEVEN E. Y EBERLY, TODD E. *The Trump Presidency*. Rowman & Littlefield, 2017.

SCHWARTZ, E. HEATHER. *Joe Biden. From Scranton to the White House*. Lerner Publications Company, 2021.

DIREITOS HUMANOS E SAÚDE: A PERSPECTIVA DO PACIENTE COMO CONSUMIDOR NO CONTEXTO HOSPITALAR SOB O VIÉS BRASILEIRO E INTERNACIONAL

Human rights and health: the perspective of the patient as a consumer in the hospital context from the brazilian and international bias

Adriane Bolzan Souza[1]

Faculdade Israelita de Ciências da Saúde Albert Einstein

Gabriela Bolzan Souza[2]

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

DOI: https://doi.org//10.62140/ASGS687629257

Sumário: 1. Introdução; 2. As normativas internacionais para garantia do direito à saúde e o viés consumerista; 3. Do direito fundamental à saúde e a responsabilidade hospitalar no cenário brasileiro; 4. A interseção médico-jurídica; 5. Considerações finais.

Resumo: Este artigo aborda a problemática dos direitos humanos no acesso à saúde, com o objetivo de analisar se o paciente, ao buscar atendimento/cuidados à saúde em geral, assume a posição de consumidor

[1] Mestranda em Educação em Saúde pela Faculdade Israelita de Ciências da Saúde Albert Einstein (FICSAE). Médica. Graduada em Medicina pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Pediatra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Gastroenterologista pediátrica pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). E-mail: dra.adrianebolzan@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0003-7105-4022

[2] Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista pelo Programa de Excelência Acadêmica CAPES/PROEX. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito Civil e Direito Médico e da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). E-mail: gabrielabolzansouza@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0008-5620-309X

frente à prestação de serviços de saúde hospitalares. A pesquisa explora a perspectiva do paciente como consumidor, destacando a relevância de uma integração jurídica entre as práticas médicas e os direitos dos pacientes. Para tanto, é essencial garantir a efetividade das disposições legais, assegurando os direitos dos pacientes-consumidores. A metodologia utilizada é a hipotético-dedutiva, baseada em uma revisão bibliográfica que abrange doutrinas e documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Diretrizes das Nações Unidas para Proteção do Consumidor, além da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor no contexto brasileiro. A partir dessa análise, a pesquisa propõe uma reflexão sobre a importância de respeitar a autonomia dos pacientes, o dever de fornecer informações claras e o consentimento livre e informado, aspectos fundamentais para garantir que os direitos dos pacientes sejam garantidos. Além disso, enfatiza a necessidade de assegurar o acesso à saúde e de proteger os direitos fundamentais do indivíduo, conforme estabelecido nas normas que regem os direitos do consumidor e os direitos humanos.

Palavras-chave: Consumo; Direitos Humanos; Ética; Paciente.

Abstract: This article addresses the issue of human rights in access to health care, with the aim of analyzing whether patients, when seeking health care/attention in general, assume the position of consumers in relation to the provision of hospital health services. The research explores the perspective of the patient as a consumer, highlighting the relevance of a legal integration between medical practices and patient rights. To this end, it is essential to guarantee the effectiveness of legal provisions, ensuring the rights of patient-consumers. The methodology used is hypothetical-deductive, based on a bibliographic review that covers international doctrines and documents, such as the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Guidelines for Consumer Protection, in addition to the Federal Constitution and the Consumer Defense Code in the Brazilian context. Based on this analysis, the research proposes a reflection on the importance of respecting patient autonomy, the duty to provide clear information and free and informed consent, fundamental aspects to ensure that patient rights are guaranteed. Furthermore, it emphasizes the need to ensure access to health and to protect the fundamental rights of the individual, as established in the rules governing consumer rights and human rights.

Keywords: Consumption; Ethics; Human Rights; Patient;

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe-se a analisar a posição do paciente como consumidor dos serviços de saúde hospitalares e a compatibilidade do cumprimento dos direitos humanos no acesso a tais serviços, considerando a Declaração Universal dos Direitos Humanos e as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor como marcos internacionais. No contexto brasileiro, é fundamental refletir sobre como a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor (CDC) se relacionam com a prática da medicina hospitalar e a prestação de serviços de saúde.

O objetivo é entender se as disposições legais e normativas de proteção aos direitos do paciente se harmonizam com a dignidade humana, o direito à saúde e a transparência no atendimento médico. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, reafirma em seu Artigo 25, o direito de toda pessoa a um padrão de vida adequado, incluindo a saúde. Esse princípio é essencial para garantir que os serviços de saúde não sejam apenas um privilégio, mas um direito fundamental a ser respeitado por todos os países, incluindo o Brasil. No país, a Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, assegura o direito à informação clara e adequada sobre os serviços prestados, que se aplica também aos serviços de saúde. O paciente, enquanto destinatário dos cuidados médicos, pode ser considerado um consumidor de serviços, o que implica na obrigação de transparência das informações, no consentimento informado e no respeito à autonomia do paciente.

No cenário internacional, as Diretrizes das Nações Unidas para a proteção do consumidor, adotadas pela ONU em 1985, enfatizam a importância de fornecer serviços adequados e seguros, com informações precisas e acesso equitativo para todos. A questão central que se coloca é a de saber se, no Brasil, o paciente é tratado, efetivamente, como um consumidor

dos serviços de saúde hospitalares e se as normas relacionadas à proteção de consumidores são aplicadas de forma consistente no setor de saúde.

Embora a Constituição Federal garanta o acesso universal e igualitário à saúde, na prática, muitos cidadãos ainda enfrentam obstáculos significativos, como a falta de informações adequadas, a dificuldade de acesso à serviços e a omissão no dever de informar sobre diagnósticos e tratamentos. O direito à informação, presente tanto na legislação brasileira quanto nas normativas internacionais, é um elemento crucial para garantir que o paciente tenha controle sobre suas decisões, com plena compreensão das opções disponíveis.

A metodologia adotada para este estudo será o método hipotético-dedutivo, com base em revisão bibliográfica das principais normativas legais nacionais e internacionais, além de estudos sobre ética médica e direitos dos pacientes. A análise do fenômeno será feita a partir do viés jurídico, considerando as implicações legais da relação médico-paciente, e do viés médico, refletindo sobre a responsabilidade ética dos profissionais da saúde. Ao final, espera-se que o estudo revele as lacunas na aplicação dos direitos dos pacientes como consumidores e as possíveis falhas na implementação de políticas de saúde que respeitem plenamente os direitos humanos.

A conclusão visa apontar para a necessidade de uma integração mais eficaz entre as normativas jurídicas e as práticas médicas, para garantir que os direitos dos pacientes sejam respeitados de maneira ampla e eficaz.

2. AS NORMATIVAS INTERNACIONAIS PARA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE E O VIÉS CONSUMERISTA

O direito à saúde é reconhecido como um direito humano fundamental, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece as bases para a promoção do bem-estar e dignidade das pessoas. No entanto, a prática da medicina hospitalar e a prestação de serviços

de saúde enfrentam desafios complexos, especialmente no contexto da crescente mercantilização desses serviços. Nesse cenário, as Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor ganham relevância ao interligar a garantia do direito à saúde com a proteção dos interesses dos pacientes enquanto consumidores. Portanto, necessária a análise das normativas internacionais, destacando-se o papel da Declaração Universal dos Direitos Humanos como um marco fundamental e a relação das Diretrizes da ONU para a proteção do consumidor com a prática médica, evidenciando o viés consumerista que permeia a prestação de cuidados de saúde.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, foi elaborada no pós Segunda Guerra Mundial, visando assegurar os direitos fundamentais do ser humano, a dignidade e o valor da pessoa humana, assim como promover o progresso social e melhores condições de vida. Dentre os 30 artigos que compõem este importante documento, está disposto o direito à saúde. Veja-se:

> **Artigo 25**
>
> 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle[3].

Nesse viés, a saúde deve ser compreendida como um direito humano, o que exige que os Estados garantam serviços de saúde adequados,

[3] NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral da ONU, 1948. Disponível em: https://www.un.org/pt/universal-declaration-human-rights/. Acesso em: 15 mar. 2025.

de qualidade, aceitáveis, acessíveis, esclarecidos à população. Ademais, a área da saúde é extremamente fundamental, eis que os níveis de saúde também expressam a organização social e econômica dos países[4].

Percebe-se, ainda, que a prestação dos serviços de saúde modificou-se muito com o passar do tempo, o que fez com que os pacientes conquistassem cada vez mais autonomia e liberdade frente à proteção de sua saúde e com o direito de serem informados. Foi nesse viés que o paciente também passou a se configurar como um consumidor, sendo parte integrante de um sistema que envolve serviços de saúde. Como tal, ele possui direitos que precisam ser assegurados para garantir a dignidade e a transparência no atendimento.

Nesse sentido, é imprescindível que o paciente tenha acesso a informações claras e completas sobre os procedimentos médicos, o que implica na observância do dever de informar por parte dos profissionais de saúde. O consentimento livre e esclarecido se torna, assim, um pilar fundamental para a proteção do paciente, assegurando que ele tome decisões informadas sobre o seu tratamento. Neste contexto, as diretrizes estabelecidas pela Organização das Nações Unidas (ONU) para a proteção dos direitos do consumidor podem ser aplicadas analogicamente na defesa dos interesses dos pacientes no âmbito da saúde.

Alguns princípios gerais que orientam as Diretrizes são: o acesso aos consumidores a bens e serviços essenciais; proteção de consumidores vulneráveis e desfavorecidos; proteção de consumidores contra os riscos para sua saúde e segurança; acesso dos consumidores a informações adequadas que lhes permitam fazer escolhas informadas conforme seus desejos e sua necessidades individuais. Logo, caracteriza-se a relação consumerista entre os

[4] OLIVEIRA, Maria Helena Barros. et. al. Direitos humanos e saúde: 70 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde. 2018 out.- dez.;12(4). p.373. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/1667/2242>. Acesso em: 15 mar. 2025.

serviços hospitalares prestados, os quais trabalham na cadeia como fornecedores, e os pacientes, neste caso atuando como consumidores, devendo-lhes ser garantidos tais direitos humanos e fundamentais, sendo possível recorrer a estes importantes documentos internacionais.

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE HOSPITALAR NO CENÁRIO BRASILEIRO

No que tange ao cenário brasileiro, importantíssima a análise do direito fundamental à saúde, que se dá sob a égide da Constituição Federal e, ao tratar de relações de consumo, necessário que se estudem os dispositivos contidos no Código de Defesa do Consumidor, que em muito se assemelham às Diretrizes de Proteção ao Consumidor da ONU.

Segundo Maia[5], o direito à saúde, embora classificado como de segunda geração/dimensão, assume também um caráter dúplice, eis que representa além de uma garantia individual do cidadão, uma garantia de toda a coletividade. A Constituição Federal, traz, portanto, a saúde no rol de direitos fundamentais sociais, veja-se:

> 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[6].

[5] MAIA, M. C. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. Direito do Consumidor, São Paulo, SP, v. 84, n. 21, p. 197-222, out/dez. 2012. p.198.
[6] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2025.

A República Federativa do Brasil ainda considera a saúde como direito de todos e dever do Estado, conforme elencado no art. 196 da Carta:

> 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[7].

E é neste contexto que o Código de Defesa do Consumidor veio como um instrumento também à serviço da proteção à saúde dos cidadãos, de modo que qualifica, em seus primeiros dispositivos, quem seriam os consumidores e os fornecedores na cadeia de consumo. Após, no art. 6º, I, expressa com clareza quais são direitos básicos do consumidor: "a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços [...]".

A respeito da aplicação da responsabilidade objetiva, necessário que se observe a regra geral contida no Código de Defesa do Consumidor, no art. 14, observe-se:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações

[7] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2025.

> insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos[8].

Assim sendo, os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, por isso, responderão objetivamente pelos danos causados aos pacientes. É o que Cavalieri Filho chama de fato do serviço, que se entende como o acontecimento externo, o qual ocorre no mundo físico, ocasionando danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço[9].

Neto[10], por sua vez, afirma que na responsabilidade objetiva é abstraída a culpa. Avalia-se apenas o nexo de causalidade exterior, ou seja, decorrente da relação de causa e efeito entre o fato-causa e o fato-consequência. Portanto, considerando que os hospitais, ao receberem um paciente, comprometem-se a prestar serviços de qualidade, o que engloba desde a prestação dos serviços médicos/de saúde, até a hospedagem, alimentação, medicamentos, isto leva a uma relação de consumo. Fundamentada na teoria do risco, trata-se de uma responsabilidade objetiva, incidindo-se normas consumeristas.

4. A INTERSEÇÃO MÉDICO-JURÍDICA

No que tange aos profissionais da saúde, mais notadamente os profissionais médicos, nota-se que a responsabilidade médica, enquanto um

[8] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2025.

[9] CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.383.

[10] NETO, M. K. Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.91.

dever ético e jurídico, assume papel crucial na prestação de serviços de saúde, refletindo não apenas a competência técnica, mas também o compromisso com os direitos fundamentais da pessoa humana. No contexto da relação médico-paciente, é imprescindível que os profissionais de saúde atentem aos ditames éticos que envolvem o dever de informação, o consentimento livre e esclarecido, e o respeito à autonomia do paciente.

O liame médico-jurídico surge como um pilar essencial, estabelecendo a necessidade de conformidade com normas legais e éticas, assegurando a integridade e dignidade do paciente durante todo o processo de cuidado. Assim, a responsabilidade médica não se limita ao domínio clínico, mas se estende à observância das obrigações éticas e jurídicas, garantindo a efetivação dos direitos da pessoa humana em todas as fases da assistência à saúde. É o que se verá no presente momento.

Em que pese as instituições hospitalares possuírem uma responsabilidade objetiva, guiada pelo Código de Defesa do Consumidor, fundamentado no artigo 14*, caput*, da legislação, tendo em vista todos os serviços englobados na prestação da saúde, como a hospedagem, os equipamentos, a alimentação, isto ocorre de maneira diferenciada com o profissional médico. A ele aplica-se, dentro da legislação brasileira, o previsto no art. 14, parágrafo 4º, veja-se:

> Art. 14, § 4°, CDC. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa[11].

Dantas, sobre o assunto, discorre que:

[11] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2025.

> [...] temos que o paciente – ou usuário de serviços médicos – é o consumidor, para o qual se presta um serviço (o ato médico de forma geral; uma consulta, uma intervenção ou qualquer outro tipo de procedimento), e o fornecedor é aquele profissional que desenvolve sua atividade, de forma remunerada, nos moldes do já mencionado artigo 3º. Parece-nos claro que o paciente, ao contratar a execução de um serviço médico, desde uma simples consulta a um procedimento cirúrgico, seja ele considerado um consumidor dos serviços oferecidos por este profissional. Em contrapartida, este último, ao oferecer seus conhecimentos de forma remunerada a uma variada gama de consumidores, está se enquadrando na definição de fornecedor contida no Código de Defesa do Consumidor. Daí compreendida a relação médico-paciente como relação de consumo, inexiste argumentos para evitar que esta seja regida pelos parâmetros reguladores do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que sistema autônomo e prevalente, por designação constitucional[12].

No entanto, Dantas é claro ao expor sobre a exceção prevista no art. 14, § 4º do CDC, que remete à necessidade da prova da culpa, sendo, portanto, uma responsabilidade subjetiva do profissional médico. Ainda, o autor faz importante analogia com o ordenamento jurídico português, o qual também se remete à prova da culpa.

Apesar de todos estes fatores e das reflexões sobre a responsabilidade objetiva e subjetiva das instituições hospitalares e dos profissionais médicos, vê-se que há uma profunda necessidade de que o acesso à saúde seja garantido, e com boas condições, o que evita, por certo, riscos e danos aos consumidores-pacientes.

[12] DANTAS, Eduardo. Direito Médico. 7 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 227-234.

O respeito à preceitos éticos, o que no Brasil é conhecido como Código de Ética Médica, bem como buscar a realização e concretização dos ideais propostos na Carta Magna é medida imperiosa.

O Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2217 de 2018), traz disposições essenciais na prática da medicina e na prestação dos serviços de saúde, de modo a garantir a tomada de decisões e a dignidade da pessoa humana:

> É vedado ao médico:
>
> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
>
> Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.
>
> Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo[13].

Todas estas disposições estão previstas em capítulo específico da Resolução, cujo título é exatamente "Direitos Humanos". Portanto, evidenciada está a necessidade do respeito aos direitos humanos nas relações de consumo médico-hospital-paciente, de modo a não só garantir o acesso à saúde conforme os ditames legais, mas também garantir a autonomia, a informação, o consentimento dos consumidores. Ademais, com toda esta

[13] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217, de 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2018.pdf. Acesso em: 16 mar. 2025.

análise, foi possível perceber o quanto a legislação brasileira também é carregada de elementos provenientes de Declarações e outros documentos internacionais, como é o caso das Diretrizes das Nações Unidas para proteção do consumidor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise proposta neste estudo trouxe à tona aspectos cruciais sobre a relação entre os pacientes e os serviços de saúde hospitalares, abordando a compatibilidade entre os direitos humanos e o tratamento dispensado a eles enquanto consumidores. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Constituição Federal, foi possível perceber que, embora o direito à saúde esteja amplamente garantido em nível normativo, a aplicação prática dessas normas ainda enfrenta desafios significativos no Brasil.

A principal constatação é que, embora a legislação brasileira, como o Código de Defesa do Consumidor, assegure direitos essenciais, na realidade muitos pacientes ainda não têm acesso pleno a esses direitos. A falta de transparência nas informações fornecidas, a complexidade do sistema de saúde e a ausência de uma comunicação clara entre médicos e pacientes são obstáculos que comprometem a efetividade do direito à saúde enquanto um direito humano fundamental.

A pesquisa indicou que a integração entre as normativas jurídicas e a prática médica no Brasil necessita de melhora. A legislação brasileira, por mais robusta que seja, muitas vezes não é acompanhada por uma conscientização e aplicação eficaz por parte dos profissionais de saúde e das instituições hospitalares.

A partir dessa análise, é evidente que a efetividade de um modelo de saúde que realmente respeite os direitos dos pacientes como consumidores exige uma mudança de paradigma tanto nas políticas públicas quanto nas práticas médicas. A harmonização entre os direitos previstos em leis nacionais

e internacionais, com a efetiva prestação de serviços de saúde de qualidade, é imprescindível para garantir que a saúde seja, de fato, tratada como um direito universal e igualitário.

Portanto, é fundamental que o Brasil busque um fortalecimento das políticas públicas de saúde, com especial atenção à transparência nas informações prestadas aos pacientes, à garantia do consentimento livre e esclarecido, e garantindo-se a segurança dos serviços prestados. Além disso, a capacitação contínua dos profissionais de saúde, para que cumpram com as normativas e com a ética no atendimento, é essencial para que os direitos dos pacientes sejam efetivamente respeitados. Esse alinhamento entre a legislação e a prática médica é a chave para assegurar a dignidade humana e um acesso à saúde que não seja apenas um ideal, mas uma realidade para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2025.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078/1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2025.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.217, de 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2018.pdf. Acesso em: 16 mar. 2025.

DANTAS, Eduardo. **Direito Médico.** 7 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

MAIA, M. C. O direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor,** São Paulo, SP, v. 84, n. 21, p. 197-222, out/dez. 2012.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral da ONU, 1948. Disponível em: https://www.un.org/pt/universal-declaration-human-rights/. Acesso em: 16 mar. 2025.

NAÇÕES UNIDAS. **Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor**. Resolução 39/248, Assembleia Geral da ONU, 1985. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/39/248. Acesso em: 16 mar. 2025.

NETO, M. K. **Responsabilidade civil dos hospitais**: código civil e código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Maria Helena Barros. et. al. Direitos humanos e saúde: 70 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Rev Eletron Comun Inf Inov Saúde**. 2018 out.- dez.;12(4). p.373. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/1667/2242>. Acesso em: 15 mar. 2025.

NEOCONSERVADORISMO E XENOFOBIA: O ATAQUE AOS DIREITOS HUMANOS DA CLASSE TRABALHADORA MIGRANTE

Neoconservatism and xenophobia: the attack on the human rights of the migrant working class

Alex Fabiano de Toledo[1]

UNIOESTE

Ineiva Terezinha Kreutz[2]

UNIOESTE

DOI: https://doi.org//10.62140/ATIK439226537

Sumário: 1. Introdução; 2. Capitalismo e classe trabalhadora migrante; 3. A ofensiva neoconservadora e os ataques aos direitos humanos da classe trabalhadora migrante; 4. Considerações finais.

Resumo: Este trabalho aborda a relação entre neoconservadorismo e o ataque aos direitos humanos enfatizando seus rebatimentos na vida da classe trabalhadora migrante, considerando o aumento e repercussão de discursos que defendem a xenofobia e o racismo. O artigo apoiado na revisão bibliográfica e orientado pela abordagem teórica do materialismo histórico-dialético evidencia que o chamado "neoconservadorismo" é fruto da junção de valores do conservadorismo moderno ligados a princípios do neoliberalismo. Da mesma forma, para a compreensão do aumento da xenofobia e do ataque aos direitos humanos da classe trabalhadora migrante

[1] Assistente Social e Professor Pós-Doutor do curso de Serviço Social da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Toledo, Paraná, Brasil e investigador Integrado do CLISSIS – Centro Lusíada de Investigação em Serviço Social e Intervenção Social. E-mail: alextoledope@hotmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-9078-7198

[2] Assistente Social, Doutora e Professora do curso de Serviço Social da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE, campus de Toledo, Paraná, Brasil. membro do Grupo de Pesquisa: "Fundamentos em Serviço Social: Trabalho e Questão Social" da UNIOESTE e do Grupo de Pesquisa "Núcleo de Estudos e Pesquisas: Trabalho, Questão Social e América Latina" (NEPTQSAL) da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: ineivakreutz@gmail.com. ORCID ID: https://orcid.org/0000-0003-1976-9197

é fundamental não perdermos do horizonte o atual estágio do desenvolvimento capitalista em contexto mundial.

Palavras-chave: Neoconservadorismo; Migrações internacionais; Direitos humanos.

Abstract: This paper addresses the relationship between neoconservatism and attacks on human rights, emphasizing their repercussions on the lives of the migrant working class, considering the increase and repercussion of discourses that defend xenophobia and racism. The article, supported by a bibliographic review and guided by the theoretical approach of historical-dialectical materialism, shows that the so-called "neoconservatism" is the result of the combination of values of modern conservatism linked to principles of neoliberalism. Likewise, in order to understand the increase in xenophobia and the attacks on the human rights of the migrant working class, it is essential not to lose sight of the current stage of capitalist development in a global context.

Keywords: Neoconservatism; International migration; Human rights.

1. Introdução

As discussões sobre a temática das migrações têm ocupado um papel de destaque na atualidade considerando suas repercussões nos meios de comunicação, meios acadêmicos, discursos e plataformas de partidos políticos não somente da extrema direita, mas também nos partidos da chamada "direita clássica", e que por vezes passam a ser aceitos por movimentos de esquerda, encontrando inclusive ressonância na juventude.

Estes discursos que remetem ao medo, aversão, ódio, hostilidade ou rejeição ao estrangeiro, ao migrante, ou sendo mais preciso, a classe trabalhadora migrante, não se apresentam de forma homogênea, muitos menos se restringem aos países chamados "países desenvolvidos", mas se estenderam para os países "subdesenvolvidos", "periféricos" ou de "capitalismo dependente", uma vez que os movimentos migratórios deixaram de se restringir aos fluxos "sul-norte" e se ampliaram os fluxos migratórios "sul-sul".

Tais discursos que difundem a ideia do imigrante como um "peso-morto" que consome os recursos que deveriam ser destinados aos "cidadãos nacionais", a ideia do imigrante como um risco para a sociedade de destino, por conseguinte responsabilizados pela violência e pela situação de miséria e pobreza na qual se encontram grande parte de pessoas ganham espaço no senso comum, nas pequenas rodas de conversa na esfera das comunicações interpessoais que também alcançam a população jovem, nos discursos enviesados de políticos, na narrativa midiática dos grandes meios de comunicação, mas não se sustentam nos fatos.

A polarização ideológica dos argumentos discursivos entre "nós" e "eles" refletem as representações sociais construídas e em grande medida institucionalizadas pelos Estados nacionais sobre a população migrante – sem perder de vista que resvalam para o caráter seletivo da imigração e para posições xenófobas e nacionalistas obsessivamente apegadas a um sentido étnico de formação nacional – que passam a ser legitimadas em pautas e propostas de partidos políticos, em peças publicitárias, em postagens nas redes sociais e no ordenamento jurídico-administrativo estatal que reverberam na classe trabalhadora não apenas nacional, mas do mesmo modo na classe trabalhadora migrante, que acaba por esquecer de sua própria condição também de migrante, passando a reproduzir a mesma aversão, o ódio, a hostilidade e rejeição que caracterizam a xenofobia.

Conceitos que anteriormente eram usados para adjetivar e qualificar a condição de migrantes passam a ser modificados com o empregado de substantivos, nomeando de forma estereotipada a classe trabalhadora migrante como "ilegais" e "clandestinos", esvaziando as raízes e motivos dos movimentos migratórios que só podem ser compreendidos considerando as intrincadas relações do próprio movimento do capital que leva a transposição de fronteiras geográficas, econômicas, políticas e culturais de parte significativa da população mundial.

Sobre este ponto é preciso considerar que ao mesmo tempo em que encontramos *outdoors* de partidos de extrema-direita na Europa fazendo apologia a xenofobia, associando a imagem dos imigrantes vinculada a "problemas", "ameaças" e "conflitos" e ou defendendo as deportações arbitrárias, como também encontramos a contraposição a esta ideia em um peça publicitária na Alemanha que mostra a importância, a valorização e o reconhecimento do trabalho da população migrante para a vida naquele país, ou seja, mostrando como seria o impacto nos serviços e nas políticas públicas sem a presença dos trabalhadores migrantes (que em algumas áreas constituem a maioria dos trabalhadores), como no caso de um hospital, de uma escola e outros serviços.

Assim, as reflexões que se seguem tem como tema principal as migrações internacionais e os direitos humanos em tempos de avanço do neoconservadorismo na sociabilidade capitalista. O problema que se coloca é entender qual a relação entre o discurso neoconservador e os ataques a população migrante que observamos na atualidade. A fim de orientar o caminho teórico-metodológico da pesquisa, definiu-se como objetivos refletir sobre a exploração da força de trabalho da população migrante para a reprodução do capital, e compreender a relação entre a ofensiva neoconservadora e os ataques aos direitos humanos da classe trabalhadora migrante.

Para alcançar os objetivos propostos tomamos por pressuposto de que o atual estágio de desenvolvimento capitalista tem como elemento central, como observa Chesnais (1996), a mundialização e financeirização do capital, elementos estes que se se constituem em uma chave de interpretação para compreender os processos migratórios, o chamado neoconservadorismo e o seu apelo e uso da xenofobia.

O presente trabalho é um recorte parcial de pesquisas desenvolvidas pelos autores e fundamenta-se na revisão bibliográfica sobre a temática com o aporte da teoria social crítica de tradição marxista, entendendo-a como

imprescindível à análise das intrincadas formas de exploração, relações entre as classes, assimetrias entre as nações e nacionalidades e processos históricos que (re)produzem as migrações internacionais e as lutas por direitos.

6. Capitalismo e classe trabalhadora migrante

Entender a realidade dos sujeitos das migrações, isto é, "a classe que vive do trabalho" (Antunes, 2009) e a privação de seus direitos requer situá-los no âmbito das relações sociais constitutivas da vida em sociedade, sempre mediatizadas por situações, instituições e contextos que revelam e ou ocultam suas determinações fundantes na reprodução da vida material, espiritual e nas formas de consciência social por meio das quais o ser humano se posiciona no mundo.

O contexto da crise estrutural do capitalismo, potenciado em seus desdobramentos a partir do último quartel do século XX, é marcado pela reestruturação produtiva (flexibilização da produção, das relações de trabalho), pela desregulamentação (das relações comerciais e dos circuitos financeiros), pela privatização (do patrimônio estatal) e pelo redimensionamento do Estado que promovem a atrofia e supressão da estrutura dos direitos, e a despolitização das lutas democráticas, com repercussão na banalização da vida, na violência e na intolerância que se interconectam à precarização das condições objetivas e subjetivas de existência da classe trabalhadora.

Em suas múltiplas expressões, a repartição injusta e desigual da renda produz e reproduz as desigualdades sociais de natureza multidimensional materializadas na fome, na pobreza, no desemprego ou emprego precário, na desproteção social e nas más condições de habitação, saúde e educação que se manifestam em diferentes formas e graus de intensidade, de acordo com a formação socioeconômica e histórica dos países e seu poder estatal estabelecido. Estas são algumas das expressões da chamada "questão social"

que afetam a vida cotidiana das populações mais vulneráveis que dependem do trabalho para sobreviver, dentre as quais, a classe trabalhadora migrante.

É neste contexto que situamos o caráter classista das desigualdades sociais e das migrações internacionais, onde os mais atingidos são os segmentos desprotegidos que compreendem universos heterogêneos, desde aposentados com pensões miseráveis, mulheres, crianças e adolescentes destituídos de seus direitos básicos, migrantes e refugiados que se encontram em situações de vulnerabilidade e risco social e, ainda, os trabalhadores expulsos do mercado de trabalho formal e informal. Desprovidos de meios de produção, com ausência de renda mínima para a sobrevivência e com precário ou nulo acesso aos serviços públicos, são os trabalhadores migrantes e suas famílias provenientes principalmente das classes subalternas de países do capitalismo periférico e dependente que são forçados a migrar em busca de trabalho para prover os meios de existência e melhoria das condições de vida.

Sob a rubrica das migrações internacionais estão contidos distintas modalidades migratórias, fontes estatísticas, grupos sociais, países de origem, de travessia e de destino. Contudo, a compreensão das migrações não se limita a mera descrição e mensuração dos deslocamentos físicos, ou ao ato de ir, atravessar ou ficar nas ou entre as fronteiras dos Estados nacionais. São múltiplos os fatores que desencadeiam os processos migratórios e a (re)orientação geográfica dos fluxos de migrantes. O capitalismo, como um sistema que expandiu e unificou globalmente as esferas produtivas e financeiras, traz em si a tendência expansiva de incorporação e subordinação de todas as regiões do planeta à sua lógica. Ao se impor como sistema mundial único na economia e no modo de produção, tem provocado profundas transformações na vida social ao acionar mudanças qualitativas nas relações entre capital, trabalho, território e Estado.

A mobilidade espacial do capital e suas decisões seletivas de localização global e local estão diretamente relacionadas à reorganização de

sua capacidade produtiva, com o propósito de gerar mais-valor necessário à acumulação. Para esse fim, impõem-se estratégias sustentadas por um conjunto de medidas que determinam novas e renovadas relações socioeconômicas. São medidas indispensáveis, tais como: a) a ampliação dos circuitos espaciais de produção e consumo, com a finalidade de absorver as crescentes quantidades e variabilidades de mercadorias produzidas; b) a constante incorporação tecnológica às forças produtivas; c) a tendencial especialização, espacialização e divisão social, técnica e territorial do trabalho; d) as mudanças na concepção do Estado, agora subsumido às dinâmicas complexas e excludentes demarcadas pelo multilateralismo, poder geopolítico e geoeconômico; e) o papel da legislação migratória e os acordos internacionais vigentes no plano bilateral ou multilateral e; f) as dimensões étnico-raciais, jurídicas, bélicas involucradas. Nesse cenário, a centralidade imperiosa da (re)produção da força de trabalho e de seu excedente tem conduzido, numa reciprocidade dialética e mutuamente implicada, os deslocamentos forçados e seletivos da classe trabalhadora em direção aos movimentos do capital, como observado pelas migrações internacionais.

Por isso, convém destacar "a importância de se considerar o fluxo migratório como um todo que explica, mas não é explicado pelos movimentos que o compõem" (Singer, 2019, p. 55) o que, de imediato, afasta o "indivíduo" ou "a família" como unidades explicativas dos fluxos migratórios.

Nessa conjuntura, a questão migratória impõe desafios na implementação e execução de políticas públicas capazes de assegurar os direitos humanos universais. O regime moderno de direitos humanos baseia-se no princípio de que os direitos humanos transcendem a cidadania nacional. Eis o seu caráter paradoxal: por um lado, a necessidade de conciliar o respeito da soberania territorial dos Estados nacionais e, por outro, as obrigações internacionais expressas em pactos, convenções, regulamentos e declarações inerentes à proteção dos direitos das e dos migrantes internacionais. E é nesse ambiente, pouco favorável às políticas sociais públicas com extensão plena de direitos universais, que migrantes e migrações emergem e se movem em

ambientes de desenvolvimento desigual e combinado entre as nações e no interior delas.

7. A ofensiva neoconservadora e os ataques aos direitos humanos da classe trabalhadora migrante

Para refletir sobre a xenofobia e racismo enquanto um ataque aos direitos humanos presenciados na atualidade é preciso em primeiro lugar considerar, como exposto anteriormente, que a população migrante se constitui em uma parte da classe trabalhadora e que por diversos motivos se põem em movimento ao migrar rompendo fronteiras territoriais diante da necessidade de reprodução social, em busca de melhores condições ou mesmo diante da necessidade deste movimento para manutenção da própria vida.

O reconhecimento das diversas motivações dos processos migratórios, no entanto, não podem ser compreendidos dissociados da totalidade dos processos de produção e reprodução da sociedade capitalista em seu estágio monopolista financeiro, onde a força de trabalho migrante se torna peça chave e fundamental para a acumulação considerando seus mecanismos para a reversão da queda tendencial da taxa de lucros.

Precisarmos os termos "conservadorismo clássico", "conservadorismo moderno" e "neoconservadorismo" se faz necessário, uma vez que encontramos o seu uso como sinônimos mas, como observa Souza (2015), apesar de ter alguns pontos de contatos, o conservadorismo clássico e moderno não são a mesma coisa, a despeito da gênese de ambos se dar em momentos distintos nos marcos do sistema capitalista. O conservadorismo presente na atualidade se apresenta através de múltiplas faces[3] e de modo

[3] Neste sentido, um ponto merece atenção nas reflexões que se seguem, pois ao buscarmos refletir sobre estes termos é importante historicizá-los para compreender o próprio movimento histórico, considerando as transformações de diversas naturezas ocorridos. Este ponto merece destaque se compreendermos que não existe consenso no meio acadêmico sobre uma data precisa para determinadas eventos, ou seja, o mais importante é nos atermos ao período históricos em que algumas mudanças se processam.

distinto daquele dominante nos anos de 1980, de maneira que apreender sua forma atual e a sua função na luta de classe no contexto do capitalismo contemporâneo é fundamental para refletirmos sobre o ataque aos direitos humanos da classe trabalhadora migrante (Mota e Rodrigues, 2020).

O chamado conservadorismo clássico surge no pós 1789, período que coincide com Revolução Francesa até o início Primeira Guerra Mundial, momento este precisamente de desenvolvimento das forças produtivas e de transformações das relações de produção, sendo caracterizado como um sistema de ideias e posições políticas antimodernas, antiburguesas, antirepublicanas e antiliberais. Assim seus principais expoentes, dentre os quais destacam-se Nisbet, Edmund Burke, Tocqueville entre outros, defendiam e valorizavam as formas de vida e de organização passadas e que remetiam a Idade Média e ao Antigo Regime.

Os valores da tradição conservadora receberam a chancela de ciência social com o positivismo de Augusto Conte, Hebert Espencer e Émile Durkeim, que promoveram a reconciliação e alinhamento do pensamento conservador com a sociedade capitalista consolidada, assim, "ideias conservadoras clássicas acerca das relações entre individuo, Estado e Sociedade, passam a receber o anteparo da solidariedade orgânica, da harmonia e da coesão social" (Souza, 2015, p. 5).

O chamado conservadorismo moderno tem sua origem em finais das décadas de 1910 até 1960-70, a partir de mudanças ocorridas em diferentes áreas do saber que "reformulam, aplicam ou universalizam determinados temas centrais da tradição conservadora" (Souza, 2015, p. 6). Segundo o autor, na sequência da sua incorporação pela sociologia positivista, o pensamento conservador se aproxima do liberalismo que, em sua origem era seu antagonista e, em suas palavras: "as consequências dessas mudanças são inteligíveis quando se pauta o processo histórico que permitiu ao conservadorismo transpassar de reação à modernidade para posições supostamente progressistas na contemporaneidade" (ibibem).

É no bojo da crise estrutural do capital na década de 1970 (Mészáros, 2002) que temos o avanço das políticas neoliberais como resposta a queda da taxa de lucro, incidindo diretamente na vida da classe trabalhadora levando-a ao empobrecimento, à precarização das relações de trabalho, o ataque aos sindicatos e entidades de classe dos trabalhadores, à crise de representatividade dos partidos políticos, momento este em que passam a ser instituídas novas formas de controle social com a articulação entre consenso e coerção, de modo a diminuir as tensões sociais que se fazem presentes (Barroco, 2011; 2015).

A repressão ou criminalização dos movimentos sociais, da pobreza com suas manifestações e da militarização da vida cotidiana evidenciam a violência presente e passam a ser moralmente aceitas pela sociedade em diferentes graus, mas que necessariamente para ser aceita se objetiva na negação do outro, na negação do seu valor, do seu "direito de existir" (Barroco, 2011). Em outras palavras, a negação do outro, a sua "desumanização" é fundamento para sua discriminação e para negar o seu "direito a ter direitos", "o direito a existir" e, neste sentido este processo é fundamental para disseminar justificar a xenofobia e o racismo na atualidade.

É nesse contexto de aprofundamento do sistema capitalista e de hegemonia do capital financeiro que notamos uma "reatualização" do conservadorismo, com o uso da "ideologia do medo" como recurso e internalizada na vida cotidiana, e que motiva e justifica atitudes autoritárias baseadas na "ordem", com viés discriminatório, moralista e, por vezes, irracionalista.

A moral desempenha uma função de destaque no ideário conservador para a reprodução dos valores e da tradição. É utilizada para explicar e justificar as expressões da questão social como a pobreza e a miséria, e não como uma consequência das contradições do modo de produção capitalista, mas sim como um desvio moral dos indivíduos e da sociedade, o que nos ajuda compreender os ataques, entre outras coisas, às políticas de

bem-estar-social, de direitos humanos, de defesa da diversidade, da vida e das minorias (Barroco, 2015; 2022).

Barroco (2011, p. 206) aponta para a ideologia pós-moderna como um subproduto do neoliberalismo e que cumpre a "função social de justificação das transformações operadas na vida social pela ofensiva do capital", declarando o fracasso de projetos societários emancipatórios, de "orientações éticas pautadas em valores universais, da razão moderna, da ideia de progresso histórico e de totalidade" (Idem, p. 207), estimulando uma visão de mundo centrada apenas no presente, no individualismo e marcada pela violência.

E neste ambiente de crise estrutural do capital, que se arrasta desde os anos de 1980 e se agrava desde a primeira década dos anos 2000 com o fim das experiências socialistas e com a crise financeira de 2008 e marcados pela mundialização e financeirização do capital (Chesnais, 1996) que temos, como observam Mota e Rodrigues (2020, p. 203), um conservadorismo que "não só ostenta orgulhosamente seu conservantismo, como é portador de um claro conteúdo reacionário que flerta com as ideias do nazifascismo" e que não se apresenta, prosseguem as autoras, "como um sistema coerente de ideias, mas como um compósito ideológico constituído por doutrinas muito diversas e, até mesmo, colidentes entre si, tais como o libertarianismo, o fundamentalismo religioso e um anticomunismo reciclado" (ibidem).

Assim, o chamado neoconservadorismo[4] consiste na junção entre os valores do conservadorismo moderno que se reatualiza através da incorporação de princípios do neoliberalismo e do conservadorismo clássico. Deste último, preserva a ordem, a hierarquia, a autoridade e a valorização de

[4] O movimento neoconservador norte-americano tem origem no período do pós-guerra, tendo como destaque a intelectuais como Irving Kristol, Daniel Bell, Russell Kirk. Segundo Barroco (2015, p. 624) "Nos anos 1960, manifestou sua reação à contracultura, aos movimentos de defesa de direitos das minorias, fortalecendo-se no contexto da implantação das políticas neoliberais, apresentando-se como programa político (a partir do governo Reagan) sustentado pela defesa do neoliberalismo, do militarismo e dos valores tradicionais familiares e religiosos".

instituições concebidas e consolidadas em um longo processo de evolução no qual os valores são conservados palas tradições (igreja e família patriarcal) e, do neoliberalismo, a não interferência do Estado na economia, o empreendedorismo, a meritocracia, o privatismo, o combate aos movimentos sociais e aos direitos sociais (Barroco, 2015; 2022).

No mesmo sentido, Souza (2015, p. 17-18) afirma que foi realizada uma forma de "reconciliação" entre conservadorismo, liberalismo e neoconservadorismo, uma vez que as pautas do conservadorismo deixam de ser estranhas a algumas concepções do liberalismo, tal como a "ideia do capitalismo como universalização natural das relações de troca e intercambio [...]. As ideias sobre as funções do Estado, dos mercados, do individualismo (autodeterminação pelo mercado), também deixaram de causar desconforto aos ("neo") conservadores".

Considerar a presença do irracionalismo que permeiam os discursos dos movimentos de extrema-direita de feições fascistas, estes que supõem a existência de condições sociais favoráveis dadas em momentos de crise social e com o acirramento de tensões e a luta de classes merece atenção para a distinção entre a ideologia pós-moderna do chamado pensamento "neoconservador", que ganham espaço nos países da União Europeia, nos Estados Unidos da América e mesmo em países do chamado sul global (Souza, 2025).

Nesse contexto, o apelo à ordem é duplamente conservador: primeiro, por evidenciar um dos valores fundamentais do (neo)conservadorismo; segundo, porque sua forma de objetivação é moralista, ou seja, moraliza as expressões da questão social, ao tratá-las como resultantes de "problemas" de ordem moral. Esse apelo moralista é facilitado pela reificação das relações sociais e pelo irracionalismo, contribuindo para o ocultamento de suas determinações socioeconômicas e para sua naturalização (Barroco, 2015, p. 624).

Como observam Mota e Rodrigues (2020), o neoconservadorismo de tipo reacionário apresenta-se antimoderno no conteúdo, mas moderno na sua forma, utilizando-se de ferramentas e estratégias tecnológicas como a internet e as redes sociais como meios para ampliar a sua capilaridade nas sociedade, encontrando ressonância e permeabilidade nas classes subalternas e na juventude[5] dos seus discursos de defesa de ideias liberais de "desregulamentação, privatização, mercantilização e apelo ao empreendedorismo". Concentram seus esforços, de acordo com Mota e Rodrigues (2020, p. 204 "no sentido de dar vazão ao ressentimento generalizado entre as frações menores da pequena burguesia, dos trabalhadores e do lumpemproletariado, por meio da indicação abstrata de razões para a crise e as dificuldades práticas do cotidiano".

É neste contexto social, político e econômico que Lowy (2015, p. 653-654) analisa o avanço dos partidos de extrema direita nos países da Europa ocidental,[6] aponta que apesar da diversidade e heterogeneidade dos mesmos, alguns traços são comuns entre eles, como "a xenofobia, racismo, ódio a imigrantes e ciganos (o povo mais antigo do continente), islamofobia e anticomunismo"; o apelo a repressão policial como medida "contra a combate a insegurança (usualmente sendo associada a imigrantes)", sendo o discurso destes partidos permeados por uma retórica social em "apoio às pessoas simples e a classe trabalhadora (branca) nacional".

8. Considerações finais

[5] Estudos que evidenciam o que o contexto da década de 1970 foi favorável ao surgimento de movimentos de direita e extrema-direita, especialmente na Europa, tendo seus membros um nítido recorte de classe uma vez que "seus integrantes são jovens, filhos de operários, trabalhadores do subúrbio e das periferias das grandes cidades e minoritariamente das classes médias empobrecidas" (Barroco, 2011, p. 206).

[6] O autor faz um paralelo com os partidos de extrema-direita da Europa Oriental (Romênia, Bulgária, Repúblicas Balcânicas, Ucrânia) que apesar de algumas características comuns aos países trazem como diferença: a) o bode expiatório é menos o imigrante estrangeiro do que as minorias nacionais tradicionais: judeus e ciganos; b) existência de gangues violentas e racistas ligadas aos partidos de extrema direita que atacam e matam o povo cigano; e com cariz anticomunista (LOWY, 2015).

Essas breves observações tiveram por finalidade apontar um cenário propício à objetivação de ideias e práticas neoconservadoras que obviamente não se restringem às aqui apresentadas, mas que são fundamentais para compreendermos o ataque aos direitos humanos da classe trabalhadora migrante.

Salientamos ainda que o pensamento neoconservador de cariz fascista revela todo seu caráter irracionalista se considerarmos que diversas economias nacionais hoje não sobrevivem sem a presença da força de trabalho migrante. Na sociabilidade capitalista orientada pelo ideário neoliberal e neoconservador, com seus mecanismos de "coisificação" do ser social subvertem e fomentam o tema das migrações internacionais às linguagens e práticas subordinadas aos parâmetros fetichizados, como se fossem dotadas de vida própria e dissociadas dos domínios concretos da vida social sob a órbita do capital, de sua condição de classe social e de suas necessidades sociais reais para produzir os meios de existência.

Diante das práticas intolerantes, nacionalistas, militarizadas, securitizadas e fronteirizadas direcionadas aos sujeitos migrantes e aos fluxos migratórios, sempre conexos com as construções discursivas que relacionam o "outro", o "estrangeiro", o migrante "negro e pobre" como inferior, subalterno e indesejável, ou ainda, como "ameaça" à suposta identidade e segurança nacional, se evidenciam múltiplos impactos no não reconhecimento de direitos, da cidadania e da justiça. Essas práticas sociais e discursivas são a-históricas e portadoras de valores ideopolíticos de extrema direita e ultraconservadores que não alcançam as determinações ou as causas estruturais fundantes dos processos migratórios, ficando restritos às suas aparências fenomênicas e consequências imediatas

Assim, as migrações internacionais apontam para um dos maiores desafios no campo dos direitos humanos: o reconhecimento do direito a ter direitos para além das fronteiras e em face de um Estado-nação. Coloca em relevo a discussão sobre a cidadania e denunciam a "arbitrariedade do Estado

que nega a mobilidade humana internacional como possibilidade humana, exclui o não nacional da condição de sujeito e impõe um 'não lugar', ou lugar a ser justificado na ordem" (Redin; Minchola e Almeida, 2020, p. 14).

As conclusões apontam que políticas sociais voltadas para os direitos humanos dos migrantes ainda são pontuais, incipientes, pouco efetivas e destituídas de integração e articulação entre os diferentes níveis de governos e sociedade civil, e encontram ressonância nas premissas e concepção de mundo características do neoconservadorismo pela sua ofensiva antidemocrática, racista e xenófoba contra imigrantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho.2. ed., 10. reimpr. rev. e ampl., São Paulo: Boitempo, 2009.

BARROCO, Maria Lúcia da S.. Barbárie e neoconservadorismo: os desafios do projeto ético-político. *Serviço Social & Sociedade*, n. 106, p. 205–218, abr. 2011.

BARROCO, Maria Lúcia da S.. Direitos humanos, neoconservadorismo e neofascismo no Brasil contemporâneo. *Serviço Social & Sociedade*, n. 143, p. 12–21, jan. 2022.

BARROCO, Maria Lúcia da S.. Não passarão! Ofensiva neoconservadora e Serviço Social. *Serviço Social & Sociedade*, n. 124, p. 623–636, out. 2015.

CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. São Paulo: Xamã, 1996.

LOWY, Michael. Conservadorismo e extrema-direita no Europa e no Brasil. *Serviço Social & Sociedade*, n. 124, p. 652–664, out. 2015.

MÉSZÁROS, Istvan. *Para além do capital: rumo a uma teoria da transição*. Tradução Paulo Cézar Castanheira, Sergio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2002.

MOTA, Ana Elizabete & RODRIGUES, Mavi. Legado do Congresso da Virada em tempos de conservadorismo reacionário. *Revista Katálysis*, v. 23, n. 2, p. 199–212, maio 2020.

REDIN, Giuliana; MINCHOLA, Luís Augusto Bittencour; ALMEIDA, Alessandra Jungs de. O papel da academia na proteção e promoção dos direitos humanos de migrantes e refugiados no Brasil: a prática extensionista do MIGRAIDH UFSM. *In*: REDIN, Giuliana. (org.). *Migrações Internacionais:*

Experiências e Desafios para a Proteção e Promoção de Direitos Humanos no Brasil. Santa Maria: Editora UFSM, 2020. p. 12-40.

SINGER, Paul. *Economia política da urbanização*. 3. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Contexto, 2019.

SOUZA, Jamerson Murillo Anunciação de.. O conservadorismo moderno: esboço para uma aproximação. *Serviço Social & Sociedade*, n. 122, p. 199–223, abr. 2015.

A CONDENAÇÃO DO BRASIL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO SALES PIMENTA

The condemnation of Brazil by the Inter-American Court of Human Rights in the Sales Pimenta case

Amanda C. Buttendorff R. Beckers[1]

Uniopet – Centro Universitário

Cíntia de Almeida Lanzoni[2]

FAE – Centro Universitário

DOI: https://doi.org//10.62140/ABCL839923833

Sumário: 1. Introdução; 2. O caso Sales Pimenta no Brasil; 3. A CIDH; 4. A sentença do caso na Corte; 5. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho aborda o Caso Sales Pimenta vs. Brasil, cuja condenação ao Brasil junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos veio em outubro de 2022. A Corte compreendeu, que o Estado Brasileiro se omitiu em suas obrigações legais de investigação, processo e punição dos autores do crime, tendo assim, em virtude de sua letargia no caso, violado direitos às garantias judiciais, à proteção judicial e à integridade pessoal previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. O problema proposto é analisar o caso e mormente a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, avaliando a conduta do Brasil durante a denúncia, e após a prolação da sentença, que determinou diversas medidas de reparação no caso concreto e criação de políticas públicas com efeitos erga omnes. A metodologia de pesquisa foi hipotético-dedutiva, com base teórica e

[1] Professora Universitária do Uniopet e da Uniandrade. Advogada. Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável pela PUCPR. E-mail: amandacbeckers@gmail.com

[2] Coordenadora Adjunta do Curso de Direito e professora Universitária da FAE. Advogada. Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável pela PUCPR. E-mail: cinlanzoni@gmail.com

documental, com método de procedimento de estudo de caso, mediante análise do relatório da sentença da CIDH no caso em questão. As principais conclusões apontam que o sistema jurídico brasileiro não foi de fato eficaz no processamento do processo judicial nacional da questão. Sendo sintomático, que não seja a primeira condenação do Brasil junto à CIDH por omissão judiciária e morosidade em medidas de investigação judicial. Além disso, destaca-se a necessidade de uma efetiva melhora no que concerne à aplicação do devido processo legal em âmbito interno, pelo que se monstra necessária a implementação das políticas preventivas determinadas em sentença.

Palavras-chave: Sistemas regionais de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Brasil; Caso Sales Pimenta vs. Brasil.

Abstract: This work addresses the Case of Sales Pimenta vs. Brazil, whose conviction against Brazil at the Inter-American Court of Human Rights came in October 2022. The Court understood that the Brazilian State failed to fulfill its legal obligations to investigate, prosecute and punish the perpetrators of the crime, thus having, due to its lethargy in the case, violated the rights to judicial guarantees, judicial protection and personal integrity provided for in the American Convention on Human Rights. The proposed problem is to analyze the case and especially the sentence of the Inter-American Court of Human Rights, evaluating Brazil's conduct during the complaint, and after the delivery of the sentence, which determined several reparation measures in the specific case and creation of public policies with erga omnes effects. The research methodology was hypothetical-deductive, with a theoretical and documentary basis, with a case study procedure method, through analysis of the IACHR ruling report in the case in question. The main conclusions indicate that the Brazilian legal system was not in fact effective in processing the national judicial process of the issue. Being symptomatic, it is not Brazil's first conviction before the IACHR for judicial omission and delay in judicial investigation measures. Furthermore, the need for effective improvement in terms of the application of due legal process internally stands out, which is why it is necessary to implement the preventive policies determined in the sentence.

Keywords: Regional Human Rights Systems; Inter-American Court of Human Rights; Brazil; Sales Pimenta vs. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo buscou analisar a condenação do Brasil junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Sales Pimenta. Sales Pimenta era advogado do sindicato dos pequenos produtores rurais no Pará e obteve êxito em liminar de reintegração de posse de área anteriormente questionada por grandes proprietários de terras. Foi assassinado com tiros a queima roupa. O processo judicial de apuração dos fatos foi extremamente moroso, acabou por ser declarado prescrito após tramitar por mais de 25 anos, não tendo havido punibilidade dos investigados.

Considerando que desde setembro de 1992 o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo neste ato reconhecido a competência da Comissão para análise de questões de direitos humanos, foi acionado internacionalmente pelas inúmeras violações aos documentos internacionais presentes no caso citado.

O Brasil aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998, o que implica dizer que aceita ter suas controvérsias de direitos humanos apreciadas pela Corte, vinculando-se ao cumprimento de suas sentenças.

Diante disto, partiu-se da própria decisão da Corte para analise do julgado, e também foi utilizado como pesquisa de base o relatório de admissibilidade da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e doutrina especializada.

A metodologia aplicada para esta pesquisa foi hipotético-dedutiva, com base teórica e documental, de caráter qualitativo, com o fito de analisar a condenação do Estado brasileiro no caso, em mais situação de violação de direitos humanos no Pará, e novamente envolvendo morosidade do Poder Judiciário brasileiro trazer respostas aos seus jurisdicionados.

Considerando que desde setembro de 1992 o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo neste ato reconhecido a competência da Comissão para análise de questões de direitos humanos.

2. O CASO SALES PIMENTA NO BRASIL

Gabriel Sales Pimenta, natural de Juiz de Fora, Minas Gerais, na década de 80 assumiu o cargo de advogado do Sindicato de Trabalhadores Rurais de Marabá no Estado do Pará. Foi representante da Comissão Pastoral da Terra local, fundador Associação Nacional de Advogados dos Trabalhadores na Agricultura e participava ativamente de movimentos sociais em prol dos pequenos produtores rurais da região.

A controvérsia jurídica que iniciou o conflito com os grandes proprietários cingia-se a ocupação de terras ocupadas por 61 famílias de 'posseiros' em Pau Seco. Houve contestação da posse por dois proprietários rurais locais, que alegaram ter adquirido o domínio útil da região para exploração de madeira.

Com a questão possessória judicial em curso, foi expedida liminar de reintegração de posse, tendo a força policial local cumprido a decisão e despejado as famílias. Sales Pimenta, na condição de advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá impetrou mandado de segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, cuja segurança foi concedida em dezembro de 1981, determinando o retorno das famílias.

Houve relatos posteriores de ameaças às famílias e ao advogado, que não foram levadas à investigação pelas autoridades da época.

> No Brasil, sabe-se que, de 1961 a 1988, foram mortos 75 sindicalistas, 14 advogadas/os, 7 pessoas religiosas, 463 líderes de lutas coletivas,

> entre outros. 43 De acordo com um relatório estatal de 2013, "[s]er advogado de camponeses nos tempos da ditadura militar era uma profissão de alto risco […], [r]isco de morte". 44 O Estado do Pará, durante o período de 1961 a 1988, foi o líder no ranking de mortes e desaparecimentos, 45 com 528 homicídios entre 1980 a 1993, e 772 entre 1971 e 2004, dos quais, respectivamente, 239 e 574 ocorreram no Sul daquele estado[3].

Em 18 de julho de 1982, Sales Pimenta e amigos estavam um bar da região, quando ao saírem para buscar seu veículo, já na via pública, foram alvo de homem que saiu de um veículo estacionado nas proximidades e efetuou três disparos a queima-roupa contra o advogado, que veio a óbito instantaneamente.

Realizadas as investigações, três pessoas foram indiciadas pelo homicídio qualificado de Sales Pimenta em agosto de 1983.

Desde então uma série de adiamentos nas audiências, por ausência de dois dos réus que não foram localizados, fez com que o caso se prolongasse sobremaneira. Após uma série de troca da advogados de defesa das partes, dificuldades de citação, não comparecimento às audiências, só em agosto de 2000 foi efetivada a pronúncia quanto a um dos réus. Um deles faleceu neste interregno temporal e o outro não teve a denuncia acolhida por falta de provas.

---

[3] PEREIRA, Airton dos Reis. Conflitos de Terra e Violência no Sul do Pará (1975-1990), apresentado no X Encontro Nacional de História Oral. Testemunhos: História e Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 26 a 30 de abril de 2010, p. 11. Disponível em: https://www.encontro2010.historiaoral.org.br/resources/anais/2/1268332455_ARQUIVO_ConflitosdeterraeViolêncianoSuldo Para_1975-1990_.pdf, e Comissão Pastoral da Terra et al., Violação dos Direitos Humanos na Amazônia: Conflito e Violência na fronteira paraense, 2005, p.33. Disponível em: < https://www.fdcl.org/wpcontent/uploads/2005/11/relatorioparaportugues.pdf > Acesso em: 01 fev. 2025.

Agendado o Júri do acusado restante para 2002, novamente questões de competência processual foram suscitadas e houve declínio para Vara Especializada em questões agrárias, que igualmente se declarou incompetente por ser o julgamento de crime pronunciado contra a vida, de competência privativa do Tribunal do Júri, tendo finalmente o julgamento sido agendado para 2006.

O acusado não compareceu, e houve reagendamento. Por ocasião da prisão do réu, nova data foi marcada para 27 de abril de 2006. Dias antes, os advogados do réu haviam impetrado habeas corpus alegando extinção da responsabilidade com fulcro na prescrição do caso, o que foi confirmado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Pará.

> Em abril de 2023, a CPT publicou os dados de conflitos ocorridos no campo no Brasil durante o ano de 2022, em que foram registradas 1.572 ocorrências de conflitos por terra no país, atingindo 181.304 famílias. Seguindo o cenário revelado no Caso Sales Pimenta, a região Norte concentrou o maior número de ocorrências de conflitos por terra do país (626 casos), seguida da região Nordeste (496), Centro-Oeste (278), Sudeste (94), e região Sul (78). Os estados com os maiores números de ocorrências desse tipo de conflito foram: Bahia (179), Maranhão (178), Pará (175), Amazonas (152) e Mato Grosso (147)[4].

Familiares de Sales Pimenta acionaram o Conselho Nacional de Justiça sobre o descaso processual havido.

[4] BUCCI, Daniela. CARVALHO, José Lucas. O Caso Sales Pimenta vs. Brasil e os conflitos pelo direito à terra no país - Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais Faculdade de Direito da USP. Disponível em: < https://sites.usp.br/netiusp/pt/o-caso-sales-pimenta-vs-brasil-e-os-conflitos-pelo-direito-a-terra-no-pais/ > Acesso em 24 fev. 2025.

> Em junho de 2007, Rafael Sales Pimenta apresentou uma reclamação por excesso de prazo perante o Conselho Nacional de Justiça, alegando a morosidade na tramitação do processo penal sobre o homicídio de seu irmão. Em 12 de setembro de 2008, a reclamação foi arquivada por considerar-se que havia perdido o seu objeto, já que o processo penal havia sido extinto por prescrição[5].

Concomitantemente à reclamação junto ao CNJ, a mãe de Sales Pimenta, Sra. Maria da Glória Sales Pimenta ajuizou ação de indenização contra o Estado do Pará, pleiteando danos morais pela morosidade processual e decorrente extinção de punibilidade.

Em primeiro grau adveio sentença de procedência, com arbitramento de indenização de setecentos mil reais, o que foi reformado em segundo grau, tendo o TJPA entendido pela ausência de responsabilidade estatal no caso e improcedência do pedido, o que veio a ser confirmado pelo STJ posteriormente.

3. A CIDH

Foi por ocasião da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta da OEA, em 1948 em Bogotá, que adveio a da criação do chamado Sistema de Proteção Internacional aos Direitos.

O sistema citado foi formalmente procedimentalizado em 1960 por ocasião da implementação da Comissão Internacional dos Direitos Humanos,

[5] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Sales Pimenta v. Brasil*,. Disponível em: CIDH. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_por.pdf> Acesso em: 03 mar. 2025. p. 23.

órgão responsável pela elaboração dos documentos internacionais sobre a temática, de cunho central do Sistema Interamericano.

A Convenção Americana prevê ser de responsabilidade do Estado-parte a obrigatoriedade de respeitar e assegurar o livre exercício dos direitos e liberdades contidos na carta. Sendo ainda o responsável por adotar medidas efetivas para a defesa e promoção do contido no texto legal.

Para tanto, a Convenção Americana previu um aparato de rastreamento implementação dos direitos que enuncia. Esse aparato é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana[6].

> Essas instituições que compõem o sistema têm a autoridade para resolver demandas e emitir decisões requerendo a ação tanto dos governos quanto de atores da sociedade civil; mas essa autoridade depende da percepção desse último grupo de que ela é exercida de modo razoável e apropriado[7].

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criadas no bojo da OEA – Organização dos Estados Americanos visam salvaguardar os direitos humanos e investigar denúncias de violações a tais direitos.

Signatário do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1992, o Brasil está submetido à

[6] PIOVESAN, F. 2011. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva. p.344.

[7] CAVALLARO, J.L. 2002. Toward Fair Play: a decade of transformation and resistance

in international human rights advocacy in Brazil. Chicago Journal of International Law, Chicago, v. 3, n. 2, p. 481-492. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1030551>. Último acesso em: 24 jan. 2025. p. 220-221.

jurisdição de julgamento de ambas, tendo soberanamente reconhecido competência dos citados órgãos para análise das questões atinentes aos direitos humanos.

> Em virtude do principio da boa-fé, consagrado no mesmo artigo 31.1 da Convenção de Viena, se um Estado subscreve ou ratifica um tratado internacional, especialmente tratando-se de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana que é, ademais, um dos principais órgãos da Organização dos Estados Americanos, e que tem como função "promover a observância e a defesa dos direitos humanos" no hemisfério[8].

O Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1992, estando então submetido à jurisdição de julgamento de ambas, tendo soberanamente reconhecido competência dos citados órgãos para análise das questões atinentes aos direitos humanos.

Até o fechamento deste artigo, o Brasil contava com mais de quinze condenações junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo a primeira em 2006 e a última e mais recente condenação, de fevereiro de 2025, são elas: Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil; Caso Nogueira de Carvalho e Outro Vs. Brasil; Caso Escher e outros Vs. Brasil; Caso Garibaldi Vs. Brasil; Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil; Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil; Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil; Caso Herzog e outros Vs. Brasil; Caso dos(as) Empregados(as) da Fábrica de Fogos

[8] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Loayza Tamayo v. Peru*, 1997a, p. 80.

de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil; Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil; Caso Sales Pimenta Vs. Brasil; Caso Tavares Pereira e outros Vs. Brasil; Caso Honorato e outros Vs. Brasil; Caso Leite de Souza e outros Vs. Brasil; Caso da Silva e outros Vs. Brasil; Caso dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes Vs. Brasil.

4. A SENTENÇA DO CASO NA CORTE

Em novembro 2006 o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT) acionaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre o caso Sales Pimenta, apresentando denúncia contra o Brasil sob alegação de violação do direito à vida, à segurança e integridade pessoal; do direito à justiça e do direito de associação, todos previstos nos artigos I, XVIII e XXII, respectivamente, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e supostas violações das garantias e proteção judicial, consagrados, respectivamente, nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A defesa de mérito do Estado Brasileiro versou sobre a teses de inadmissibilidade nos termos do artigo 47.b da Convenção ao argumento de que não seria responsável pelo óbito da vítima, de que não haveria registro das ameaças de assassinato sofridas pela vítima, e que "a demora no processo ocorreu por circunstâncias que escapam ao controle estatal, tais como a fuga dos acusados e a impossibilidade de violar garantias processuais fundamentais dos acusados (contraditório, ampla defesa e prescrição)[9]."

Após amplo procedimento de admissibilidade a comissão concluiu pela admissibilidade do procedimento com fulcro nos artigos 46 e 47 da Convenção Americana, submetendo o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos para julgamento de mérito da denúncia.

[9] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < https://cidh.oas.org/annualrep/2008port/Brasil1236.06port.htm > Acesso em 28 fev. 2025.

> Em 4 de dezembro de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada também "a Comissão Interamericana" ou "a Comissão") submeteu à jurisdição da Corte o caso "Gabriel Sales Pimenta" contra a República Federativa do Brasil (doravante denominada "o Estado" ou "Brasil"). Segundo a Comissão, a controvérsia se refere à alegada responsabilidade internacional do Brasil pela suposta situação de impunidade em que se encontrariam os fatos relacionados à morte de Gabriel Sales Pimenta, advogado do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Marabá[10].

No relatório de admissibilidade do mérito, a Comissão elucida que o Estado Brasileiro foi responsável pela violação ao disposto nos artigos I, XVIII e XXI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; e às garantias judiciais, e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 5.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com seu artigo 1.1[11].

Instaurado o procedimento junto à Corte com notificação ao Estado e aos representantes em fevereiro de 2021. Apresentadas as questões de defesa preliminares, foi realizada audiência pública em fevereiro de 2022. Foram apresentados ainda oito memoriais em sede *amicus curiae,* pelas seguintes entidades:

> O Tribunal recebeu oito memoriais de amicus curiae, apresentados por: 1) Clínica Interamericana de Direitos Humanos da

[10] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Sales Pimenta v. Brasil*,. Disponível em: CIDH. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_por.pdf> Acesso em: 03 mar. 2025.

[11] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em< https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/304.asp > Acesso em 28 fev. 2025.

> Universidade Federal do Rio de Janeiro e Clínica de Direitos Fundamentais e Transparência da Universidade Federal de Juiz de Fora; 2) Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará e Defensoria Pública do Estado do Pará; 3) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Centro de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná; 4) Ordem do Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais; 5) Sindicato dos Advogados do Estado de Minas Gerais (SINAD MG); 6) Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas; 7) Associação Brasileira de Advogados do Povo "Gabriel Pimenta", e 8) Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal da Bahia[12].

Dentre as matérias suscitadas pelo Estado brasileiro, estava a incompetência *ratione temporis*, ao argumento de que as violações teriam ocorrido antes da competência temporal do órgão; e ainda que o relatório da Comissão não identificou fatos autônomos havidos após dezembro de 1998, quando do marco temporal do tratado internacional que regulamenta o procedimento.

A Comissão em resposta destacou para a Corte que a submissão do caso se refere não ao somente fato óbito, mas mormente a letargia do Estado brasileiro nas investigações e na resposta Judiciária. Esclarecendo ainda que, tem competência para conhecer fatos anteriores a sua criação, no que tange à violações de direitos humanos de execução continuada e permanente. Tese que foi acolhida pela corte, antes aos efeitos reiterados das violações.

---

[12] [12] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Sales Pimenta v. Brasil*,. Disponível em: CIDH. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_por.pdf> Acesso em: 03 mar. 2025.

A sentença do caso junto à Corte é extensa, e em suas mais de cinquenta laudas traz elementos históricos e sociológicos importantes para individualizar um quadro de violência fundiária no estado do Pará. Que, frise-se, já teve sua morosidade Judiciária analisada em outro caso junto ao órgão, em que o Brasil igualmente foi condenado por violação aos direitos humanos, o Caso Fazenda Brasil Verde.

A sentença publicada em 30 de junho de 2022 apontou pela condenação do Brasil pelas violações aos direitos humanos, e estabeleceu medidas de reparação e providências sobre a temática.

> O tribunal interamericano estabeleceu onze providências a serem implementadas para reparações sentenciadas ao Brasil no caso Sales Pimenta. Além da formação do grupo de trabalho, está o oferecimento de um tratamento psicológico gratuito aos irmãos Sales Pimenta. As ações devem envolver os governos federal, estadual e municipal, bem como o Ministério Público e o Poder Judicial do Pará[13].

Em julho de 2024 um ato publico de reconhecimento de responsabilidade foi realizado pelo Estado Brasileiro, no qual estiverem presentes representantes da Corte, o irmão de Sales Pimenta e diversas entidades da sociedade civil organizada.

> Para nós, é extremamente importante; é um ato histórico que está acontecendo aqui hoje, esse pedido de desculpas formal do Estado brasileiro aos familiares do advogado Gabriel Sales Pimenta. Fazer justiça, preservar a memória e a história desse advogado lutador e defensor dos Direitos Humanos é, para mim, uma grande satisfação", disse José Batista Gonçalves Afonso, advogado do Comissão Pastoral da Terra (CPT Marabá/PA), organização que litigou o caso perante a Corte IDH junto com o

[13] CNJ. GT Moreira Sales. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/gt-sales-pimenta-buscara-medidas-de-combate-a-violacoes-dos-direitos-humanos-no-campo/ > Acesso em: 17 jan. 2025.

Centro por la Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)[14].

Dentre outras medidas a sentença determinou ainda o pagamento de indenização para a família de Sales Pimenta; a adoção de políticas públicas de prevenção e proteção aos direitos humanos relacionados a questão fundiária; dentre outras.

5. CONCLUSÃO

A questão da proteção aos Direitos Humanos não mais se adstringe ao domínio estatal, tampouco competência territorial, pois trata-se de tema de interesse internacional. Tal concepção traz à baila importantes consequências, dentre as quais se destaca a revisão da noção tradicional de soberania, admitindo interveniências de organismos internacionais no plano nacional.

Isso implicou em uma mudança na concepção do papel dos Estados, que não devem apenas respeitar os direitos humanos, mas promover ações efetivas para garantir seu exercício. Há na contemporaneidade uma verdadeira mudança de paradigma, ganhando força a ideia de que a proteção aos direitos humanos não mais seria de responsabilidade exclusiva dos Estados, necessitando de proteção em âmbito internacional, convertendo-se em tema de interesse global.

Nesta toada a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos como reduto de proteção dos direitos humanos no âmbito da OEA se mostra essencial para prevenção de novas violações e estabelecimento de medidas de combate.

O Brasil mais uma vez restou marcado internacionalmente como país violador de direitos humanos. Novamente a controvérsia se originou no estado do Pará, donde também adveio o caso Fazenda Brasil Verde. E

[14] CEJIL. Disponível em: < https://cejil.org/pt-br/comunicado-de-prensa/caso-gabriel-sales-pimenta-ato-de-reconhecimento-de-responsabilidade-do-estado/> Acesso em 01 mar. 2025.

novamente o Poder Judiciário do Pará não logrou êxito em dar satisfatividade ao jurisdicionado na resolução do caso, tendo sua atuação morosa na questão destacada na condenação internacional.

As reiteradas condenações que o país vem sofrendo internacionalmente fazem refletir se acaso se está de fato fazendo um trabalho eficiente de proteção aos direitos humanos. A pesquisa e os debates atuais demonstram que a observância aos direitos humanos é fundamental para a dignidade da pessoa humana bem como para o exercício pleno da cidadania, na medida em que incorpora e engloba aspectos relevantes para a qualidade de vida e o bem-estar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: Aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Revista SUR Direitos Humanos*. Ed. V. 8. N. 15. Jan 2011. Disponível em: < http://www.conectas.org/Arquivos/edicao/publicacoes/publicacao-201425173535324-77018460.pdf > Acesso em 27 jan. 2025.

BUCCI, Daniela. CARVALHO, José Lucas. O Caso Sales Pimenta vs. Brasil e os conflitos pelo direito à terra no país - Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais
Faculdade de Direito da USP. Disponível em: < https://sites.usp.br/netiusp/pt/o-caso-sales-pimenta-vs-brasil-e-os-conflitos-pelo-direito-a-terra-no-pais/ > Acesso em 24 fev. 2025

CAVALLARO, J.L. 2002. Toward Fair Play: a decade of transformation and resistance

in international human rights advocacy in Brazil. Chicago Journal of International Law, Chicago, v. 3, n. 2, p. 481-492. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1030551>. Último acesso em: 24 jan. 2025.

CEJIL. Disponível em: < https://cejil.org/pt-br/comunicado-de-prensa/caso-gabriel-sales-pimenta-ato-de-reconhecimento-de-responsabilidade-do-estado/> Acesso em 01 mar. 2025.

CNJ. GT Moreira Sales. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/gt-sales-pimenta-buscara-medidas-de-combate-a-violacoes-dos-direitos-humanos-no-campo/ > Acesso em: 17 jan. 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < https://cidh.oas.org/annualrep/2008port/Brasil1236.06port.htm > Acesso em 28 fev. 2025.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm > Acesso em: 02 fev. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Loayza Tamayo v. Peru*, 1997a, p. 80. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_por.pdf > Acesso em: 02 fev. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Sales Pimenta v. Brasil*,. Disponível em: CIDH. Disponível em:< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_por.pdf>

Acesso em: 03 mar. 2025.

DECLARAÇÃO AMERICANA DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm > Acesso em: 01 fev. 2025.

PEREIRA, Airton dos Reis. Conflitos de Terra e Violência no Sul do Pará (1975-1990), apresentado no X Encontro Nacional de História Oral. Testemunhos: História e Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 26 a 30 de abril de 2010, p. 11. Disponível em: https://www.encontro2010.historiaoral.org.br/resources/anais/2/1268332455_ARQUIVO_ConflitosdeterraeViolêncianoSuldo Para_1975-1990_.pdf, e Comissão Pastoral da Terra et al., Violação dos Direitos Humanos na Amazônia: Conflito e Violência na fronteira paraense, 2005, p.33. Disponível em: < https://www.fdcl.org/wpcontent/uploads/2005/11/relatorioparaportugues.pdf > Acesso em: 01 fev. 2025.

PIOVESAN, F. 2011. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em< https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/304.asp > Acesso em 28 fev. 2025.

O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

Luigi Ferrajoli's Penal guarantee as a presupposition of the democratic state of law in the itallian-brasilian perspective

Ana Clara Cabral de Sousa[1]

Universidade Estácio de Sá-UNESA

DOI: https://doi.org//10.62140/ACCS957579165

Sumário 1. O garantismo penal de Luigi Ferrajoli como presssuposto do Estado democrático de direito na perspectiva ítalo-brasileira.

Resumo: O presente artigo aborda o Estado democrático de direito numa perspectiva ítalo-brasileira, tendo como pressuposto o Garantismo Penal do jurista italiano Luigi Ferrajoli. O estudo abordará o Direito Penal sob as perspectivas garantista e democrática, buscando demonstrar que tal enfoque é mais adequado para efetivação dos direitos fundamentais.

O caráter estigmatizante da pena e a atuação violenta do Direito Penal na vida das pessoas causam enormes prejuízos no tocante à restrição da liberdade, que configura o bem mais valioso do ser humano. O Direito Penal invade os direitos e garantias individuais das pessoas e, em razão disso,

[1]Doutoranda em Direito pela UNESA/RJ com período sanduíche na Università 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. ORCID: https://orcid.org/0009-0003-0642-6416

invocamos uma corrente ideológica denominada Direito Penal Mínimo e Garantismo Penal, que prega a intervenção mínima do Direito Penal na vida das pessoas. Assim, legitima o *jus puniendi* estatal, mas de maneira limitada, sem arbitrariedades, respeitando os princípios basilares do Estado Democrático de Direito, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Garantismo Penal; Luigi Ferrajoli; Estado Democrático de Direito; Brasil e Ítália.

Abstract: This article addresses the democratic rule of law from an Italian-Brazilian perspective, based on the Criminal Guarantees of the Italian jurist Luigi Ferrajoli. The study will address Criminal Law from the perspectives of the guarantor and the democratic perspective, seeking to demonstrate that such an approach is more appropriate for the implementation of fundamental rights.

The stigmatizing nature of punishment and the violent action of Criminal Law in people's lives cause enormous harm in terms of the restriction of freedom, which is the most valuable asset of human beings. Criminal Law invades people's individual rights and guarantees and, for this reason, we invoke an ideological current called Minimum Criminal Law and Criminal Guarantees, which advocates the minimum intervention of Criminal Law in people's lives. Thus, it legitimizes the state's jus puniendi, but in a limited manner, without arbitrariness, respecting the basic principles of the Democratic Rule of Law, especially the dignity of the human person.

Keywords: Criminal Guarantees; Luigi Ferrajoli; Democratic State of Law; Brazil and Italy.

INTRODUÇÃO: O GARATISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

O Direito Penal mínimo defende a restrição do alcance da norma penal, reservando-se aos delitos de maior gravidade, devendo o Direito Penal ingressar somente nas esferas onde os demais ramos do Direito fracassarem. Para tanto, necessário se faz a aplicação de pena justa, moderada, humana, proporcional e necessária. Em sua obra Direito e Razão, por meio da Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli, nos ensina:

> Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis; apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a "verdade formal", inclusive nos limites acima expostos. Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do favor rei, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. (FERRAJOLI, 2002, p. 83-84).

Conforme dito alhures, deve-se utilizar também de outros ramos do Direito reservando o Direito Penal apenas como *ultima ratio* para promover a pacificação social, como forma de exclusão da guerra e dos conflitos, incluindo todos os indivíduos no denominado contrato social de Rousseau.

Os direitos de terceira geração surgiram da necessidade de revisão após o cenário do pós-segunda guerra mundial decorrente das atrocidades nazistas e das práticas crueis, bem como da coisificação de pessoas, trazendo uma discussão sobre o tratamento jurídico mínimo assegurado aos homens. Essa terceira geração de direitos humanos aborda a fraternidade, como sinônimo de solidariedade, dos direitos dos povos e dos direitos difusos, direitos de interesse da coletividade. Incluindo-se aqui o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa feita, a convivência saudável entre as pessoas, sem humanidade, não se torna possível. Os direitos humanos são direitos muito abrangentes, que inclui aqui o direito de não ser excluído do grupo, inclusive; O direito de não ser apontado como inimigo e não possuir tratamento diferenciado.

A garantia política da "fidelidade" dos poderes públicos consiste no respeito por parte destes à legalidade constitucional e, antes de tudo, aos direitos fundamentais. É claro que na sua falta o direito não é efetivo e as garantias jurídicas são impotentes (FERRAJOLI, 2002, p. 754).

O presente artigo visa demostrar que o direito penal mínimo e o modelo penal garantista de Ferrajoli possui a finalidade de instituir um modelo adequado e ético do poder punitivo do Estado sem causar sentimento de impunidade, porém pautado no cumprimento de direitos fundamentais de modo a evitar arbitrariedades principalmente em parcela da sociedade que impõe um direito penal seletivo. O tema dialoga com o Direito Penal no Brasil de forma mais intensa e na Itália de forma mais moderada em razão da realidade social de ambos os países. Mas existe uma preocupação de Ferrajoli com o tema em comento com o estudo do modelo garantista que em razão de crises políticas em que se adota mediadas duras que violam direitos e garantias individuais, como forma de resposta enganosa ao clamor da sociedade.

Assim é a lição de *Ferrajoli*:

> É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias. Esta não é mais uma questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias. E este sustento, contra as naturais vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, que exprime o ponto de vista externo do quarto e último significado associado a esta expressão. (FERRAJOLI, 2002, p. 752).

Brasil e Itália, por serem Estados democráticos de direito, não permitem a utilização da teoria do direito penal do inimigo ou teorias similares de forma implícita e velada, sob pena de incorrermos, no que *Ferrajoli* chama de 'falácia política e falácia garantista'

Em sua obra, *Ferrajoli* desenvolve uma crítica acerca da utilização, pelos Estados, do modelo garantista apenas de forma abstrata e não efetiva ou substancial. Vejamos:

> Neste livro desenvolvi predominantemente uma crítica daquilo que chamarei de *falácia politicalha:*

isto é, da idéia de que basta a força de um poder bom para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito, e mesmo antes que possa existir um poder bom, isto é, capaz de desempenhar tais funções sem a mediação dos complexos sistemas normativos de garantias em grau de limitá-lo, vinculá-lo, funcionalizá-lo, e na hipótese de deslegitimá-lo e neutralizá-lo. À parte a falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma *falácia garantista:* isto é, a idéia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. Se a primeira falácia é um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração *a priori* do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito. Acresço que o primeiro vício é mais difuso no meio político, e o segundo entre os juristas. Não é difícil reconhecer nas duas falácias a expressão de outras tantas ideologias idealistas, viciadas ambas pela indevida derivação do ser desde o dever ser. A despeito disso, se a primeira dessas ideologias é uma variante tosca do mais criticado juspositivismo ético, a segunda é uma variante do juspositivismo dogmático normativista, e se exprime em uma série de confusões livrescas, entre normatividade e efetividade do direito: a leitura da realidade *sub specie iuris,* que induz o jurista a trocar a imagem legal do ordenamento com o seu funcionamento real e a vacilar na ilusão de que o sistema jurídico seja uma representação do sistema político e social. Disto deriva uma atitude contemplativa em relação às normas jurídicas, assumidas não apenas como normativas, mas sim como descritivas de

> relações jurídicas efetivas. (FERRAJOLI, 2002, p. 752-753).

O Garantismo Penal surge como forma de controle do *jus puniendi* do Estado (Brasil e Itália) consolidando um modelo democrático que mais se aproxima daquilo que o homem sempre almejou como forma de tutelar as suas liberdades.

A perversão do discurso jurídico-penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação dos menores (especialmente os abandonados), dos doentes mentais, dos anciões e, inclusive, da própria prostituição com o discurso jurídico-penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marca estigmatizantes autorizadas ou prescritas pela própria lei que são num todo, semelhantes-e, frequentemente, as abrangidas pelo discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 2001, p. 22).

Não se deve punir alguém por suas condições pessoais, por ser alguém presumidamente propenso a delinquir, por ser reincidente, delinquente habitual, tendência delituosa ou similares. O sistema garantista proposto por Ferrajoli impõe a punição de fatos previstos como crimes, praticados pelo indivíduo, afastando a aplicação do direito penal do autor:

O jurista italiano nos ensina:

> Entre as figuras mais nefastas do moderno obscurantismo penal, pode-se recordar a concepção positivista-antropológica do "delinqüente natural", a doutrina nazista do "direito penal da vontade" ou do "tipo de autor" (Tátertyp) stalinista do "inimigo do povo". Por outro lado, devem ser recordadas as diversas medidas de defesa social presentes em nosso ordenamento - das medidas de prevenção àquelas de segurança, incluindo as medidas cautelares de polícia -, todas irrogáveis não como conseqüência de fatos legalmente

> indicados e judicialmente comprovados como delitos, mas derivados de pressupostos subjetivos dos mais variados: como a mera suspeita de haver cometido delitos ou, pior, a periculosidade social do sujeito, legalmente presumida conforme as condições pessoais ou de *status*, como as de "desocupado", "vagabundo", "propenso a delinqüir", "reincidente", "delinqüente habitual" ou "profissional", "de tendência delituosa" ou similares. De conformidade a estes critérios de definição substancial do desvio punível, produz-se um esvaziamento objetivo daquela garantia fundamental que é o princípio de estrita legalidade, em virtude do qual ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito. Como melhor veremos no parágrafo 28, a tentação comum a todas estas técnicas de atenuação ou dissolução da estrita legalidade penal é, na realidade, punir não *quia prohibitum*, senão *quia peccatum*, e, em conseqüência, perseguir nem tanto pelo que se fez, senão pelo que é. (FERRAJOLI, 2002, p. 36).

Observa-se que o estudo da linguagem política toma como ponto de partida as linguagens dos grupos governantes, que articulam seus interesses e impõem suas vontades em detrimento de grupos menos favorecidos em flagrante violação ao Estado democrático de direito e aos direitos e garantias individuais. Neste sentido Pocock nos ensina que:

> A noção de governar e ser governado implicava uma noção de igualdade para a qual a noção de distribuição não era completamente adequada. Quando a um indivíduo era atribuída a sua parte ou papel no processo político-distributivo, apropriada a sua personalidade social, e a outro indivíduo também era atribuída a sua, podia-se dizer que a *cuique* tinha sido atribuído *suum*. Mas

> o conceito de governar e ser governado requeria que cada um dos dois reconhecesse que, embora sob qualquer padrão, exceto um, as partes atribuídas a cada qual eram proporcionais, mesmo que desiguais, havia, ainda assim, um critério de igualdade (no governar e ser governado) pelo qual cada um continuava sendo o igual do outro e ambos partilhavam da posse de uma personalidade comum e publica. Embora essa igualdade tivesse como pressuposto tanto a distribuição quanto a justiça, havia um sentido em que ela transcendia a ambas e não era distribuível. Se a *partecipazione* fosse distribuída segundo necessidades socialmente especificas e nada mais, não haveria (diziam os defensores da virtude republicana) *res publica* - em termos aristotélicos, não haveria *polis* - na qual a participação, a igualdade e o governar e ser governado fossem possíveis. A distribuição da autoridade pública como uma questão do direito privado era para eles a definição clássica da corrupção, e sob corrupção não haveria, em última análise, quaisquer direitos. (POCOCK, 2003, p. 89).

Dessa forma, a noção de governo e de Estado, concentra-se em uma dimensão humana considerando os elos sociais, políticos e culturais produzidos no contexto da sociedade, traduzindo-se em opção e linguagem política. Observa-se que na formação de uma sociedade imperam objetivos mercantis, tendo em vista em que nossos códigos, notadamente o Código Penal pune com muito rigor os crimes contra o patrimônio.

Resta claro que a finalidade do Direito Penal é promover a paz social, atuando quando os demais ramos do Direito fracassarem. Define condutas ilícitas e suas respectivas sanções, atuando norteado pelo princípio da intervenção mínima do Estado. Ocorre que com o Estado mal gerido, a onda de insegurança é grande. Em razão disso, surgem teorias que visam legitimar a exclusão social. O Direito Penal do autor, consagrado durante o regime

nazista, anda na contramão do Direito Penal do Fato, em que os cidadãos são punidos pelos fatos e não por sua condição.

> La pobreza de medios para la instrución de los procesos lleva a que las policías dependientes del poder ejecutivo sean las verdadeiras autoridades e instrucción o sumario. (ZAFFFARONI, 2009, p. 71).

Mesmo em se tratando de *guerra contra o crime, forças policiais não são detentoras de ação ilimitada contra* aqueles que infringem a lei. Há limitação jurídica e constitucional que homenageiam o estado democrático de direito contra os abusos do poder estatal. A lei protege todos contra violações de direitos. Há punição para todos que praticam fatos considerados como crime, mas a persecução penal e imposição de penas não podem extrapolar limites legais. É por essa razão que o poder de polícia do estado deve ser extremamente controlado, sob pena de imposição de vingança estatal e abusos por parte daqueles que, fardados, cometam crimes em nome do Estado.

Hannah Arendt, ao discorrer sobre o totalitarismo na guerra, afirma que a conduta desses governos pode hoje parecer apenas consequência natural da guerra; mas, na época, as desnacionalizações em massa constituíam fenômeno inteiramente novo e imprevisto. Pressupunham uma estrutura estatal que, se não era ainda inteiramente totalitária, já demonstrava a incapacidade de tolerar qualquer oposição, preferindo perder os seus cidadãos a abrigá-los com opiniões diferentes da vigente (ARENDT, 1979, p. 311).

No mesmo sentido, O Contrato Social de Rousseau, estabelece que todos os cidadãos possuem igualdade, que todos se comprometem sob as mesmas condições, e devem usufruir dos mesmos direitos, considerando que a soberania advinda do referido contrato é formada por todo ato autêntico da vontade geral que obriga ou favorece igualmente a todos os cidadãos, sem qualquer distinção.

Para Rousseau, a vontade geral decorre de um ato de soberania que:

> Vê-se, assim, que o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais, e que qualquer homem pode dispor plenamente do que lhe foi deixado, por essas convenções de seus bens e de sua liberdade; de modo que o soberano nunca tem o direito de onerar mais a um súdito do que a outro, porque então, tornando-se a questão particular, seu poder já não é competente (ROUSSEAU, 1999, p. 42).

Dessa forma, no contrato social de Rousseau, que criou as bases para a construção do Estado Democrático de Direito, não há espaço para a criação ou linguagem denominada 'Inimigo do Estado'. O inimigo do Estado também é representado por aquele indivíduo que se distancia das normas do Estado e não oferece garantias de que não praticará mais nenhum desvio de conduta reprovável pelo grupo social. Essa é a ideia principal que se tem do inimigo do Estado. Dessa forma, se as leis existem é porque temos a consciência de que os indivíduos estão propensos a delinquir, razão pela qual o ordenamento jurídico dos Estados prever normas penais e processuais penais legítimas e legais para punir fatos e não pessoas.

> In un suo saggio pubblicato di recente Mario Dogliani si propose 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 um "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, constituita, sorretta dal sentimento di appartenenza (BILANCIA, 2008, pág. 219).

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).

CONCLUSÃO

O minimalismo penal tem sua elaboração assentada na corrente do Garantismo Penal defendida por Luigi Ferrajoli, reafirmando a aplicação da pena e do devido processo legal amparados pelos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. As Constituições brasileira e italiana amparam os direitos e garantias fundamentais, bem como as prerrogativas, princípios e direitos conquistados ao longo da evolução humana, como forma de minimizar e legitimar a atuação do Estado sobre a liberdade dos indivíduos. Dessa feita, a construção do Estado Democrático de Direito encontra amparo no Garantismo Penal defeendido por Ferrajoli, tendo em vista que tal modelo defende a punição pautada na proteção dos direitos e garantias individuais garantidos nas Constituições de ambos os países.

É importante ressaltar que a vida humana é centro do ordenamento jurídico de qualquer nação. Toda e qualquer vida humana deve ser incluída no contexto social, mesmo aqueles que possuem desvio de conduta, deve ser punido, ressocializado e devolvido ao corpo social. A linguagem do pensamento político deve ter uma perspectiva interdisciplinar, quando se fala em linguagem considera-se apenas a oralidade como a forma de expressão. Entretanto, as linguagens humanas podem ser consideradas a própria ação, enquanto relação de representação recíproca com os outros homens e com a realidade física.

Desde os tempos dos estados absolutistas existe a necessidade de controlar a multidão e toda sorte de violência, desordem e balburdia. Essa necessidade de controle da conduta e reações do povo, do ponto de vista jurídico, é legítima desde que haja equilíbrio na aplicação das sanções, sejam elas penais, civis ou de outra natureza. Em matéria penal é necessário o equilíbrio na imposição de penas proporcionais, na execução penal, bem como na necessidade de criação de leis penais. Cumpre salientar que a lei penal deve ingressar o mínimo possível na esfera privada, devendo ser aceito tal imposição apenas quando os demais ramos do direito fracassarem.

REFERÊNCIAS

ALGOSTINO, Alessandra. *Democrazia e autoritarismi. Parole di Giustizia,* 2024.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2005.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo, 1979.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. E-bookLibris. Edição Ridendo Castigat Mores, 2001.

BILANCIA, Francesco; SCIULLO, Franco M. Di; RIMOLI, Francesco. Paura dell'Altro. Identità occidentale e cittadinanzza. Roma/Itália. Carocci editore, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Introdução. In, A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania. 2. ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

DERRIDA, Jacques. Força de Lei. 3ª ed. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. Atividade Policial-Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 6ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. Sistema prisional. Colapso atual e soluções alternativas. 2ª edição, Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JAKOBS, Günther, Meliá. Manoel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções práticas e críticas. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JR. Salah H. Khaled. A busca da verdade real no processo penal-para além da ambição inquisitorial. 2ª edição. Belo Horizonte, Editora Letramento, 2016.

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.

PESSOA, Ulisses. Criminal compliance e Direito Penal: Novas perspectivas para a contenção do poder punitivo estatal. Juiz de Fora: Editora Editar, 2020.

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.

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.

STRECK, Lênio Luiz. HERMENÊUTICA Compreender Direito. 1a ed. São Paulo: Tirante lo blanch, 2019.

STRECK, LENIO LUIZ. O que é isto?- as garantias processuais penais? 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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. 5º 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.

DIREITOS HUMANOS E PEDOFILIA VIRTUAL: O PAPEL DA IA NO COMBATE DESTE CRIME - UMA ANÁLISE À LUZ DO CASO *SWEETIE*

Human rights and virtual pedophilia: the role of ia in combating this crime - An analysis in the light of the sweetie case

Ana Cristina Crestani[1]

Universidade de Coimbra

DOI: https://doi.org//10.62140/ACC229251149

Sumário: 1. Introdução: fronteiras jurídicas em tempos de crimes digitais e inteligência artificial; 2. A pedofilia virtual no contexto da sociedade da informação; 3. O uso da inteligência artificial no combate à pedofilia virtual: o caso S*weetie*; 4. Proteção dos direitos humanos: alguns desafios éticos e jurídicos a partir do tema; 5. Notas (pouco) conclusivas: um desafio ainda em aberto.

Resumo: Ao longo dos anos, com os processos de revoluções industriais, a sociedade foi se transformando sempre mais, até chegar no atual cenário de intensa inovação tecnológica. Com isso, a crescente digitalização das interações sociais trouxe desafios complexos para a proteção dos direitos humanos. Dentre estes desafios, o aumento de crimes cometidos no meio digital, como é o exemplo do crime de pedofilia virtual, tem se tornado cada vez mais frequente, impulsionado por tecnologias mais avançadas, afetando de maneira contundente os direitos humanos. Diante desse cenário, a inteligência artificial emerge como uma ferramenta moderna na detecção e prevenção de crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente virtual. Nesse viés, este estudo, a partir do emblemático caso *Sweetie* – em síntese, um caso real coordenado pela organização não governamental *Terre des Hommes* em que uma imagem virtual simulava uma criança filipina de 10 anos, permitiu identificar suspeitos de pedofilos virtuais – investiga, à luz da sociedade da informação que vivemos, concomitante com a perspectiva dos direitos humanos, como a inteligência artificial pode ser utilizada de forma ética e juridicamente adequada para combater a pedofilia virtual. A pesquisa foi realizada através de uma abordagem qualitativa e exploratória, centrada na

[1] Graduada em Direito pela Universidade Pontifícia de Minas Gerais (PUC Minas). Mestranda em Direito, na área de especialização de Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. E-mail: anaacristinac@hotmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0004-4528-2328

análise das legislações, jurisprudências e do caso *Sweetie*. O objetivo é investigar como a inteligência artificial pode ser implementada de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais, sem comprometer os direitos humanos, ao mesmo tempo em que enfrenta o crescente desafio de proteger crianças e adolescentes contra crimes no ambiente digital. As principais conclusões indicam que a inteligência artificial é uma ferramenta inovadora no combate à crimes digitais, entretanto, é fundamental que seu desenvolvimento seja ético e transparente, a fim de mitigar os riscos e violações que esta tecnologia pode causar. Também, as políticas públicas precisam de uma maior integração entre tecnologia, direitos humanos e segurança digital, para que o combate à exploração infantil online seja mais eficiente e, ao mesmo tempo, ético. A colaboração entre governos, empresas de tecnologia e organizações não governamentais é fundamental para combater eficazmente a pedofilia virtual, garantindo uma maior segurança. Ademais, acerca da utilização dessa tecnologia para fins de prevenção e investigação criminais com o objetivo de proteger os direitos humanos, é necessário revisar e atualizar as legislações pertinentes. Recomenda-se, ainda, estratégias de conscientização digital para pais, educadores e crianças devem ser implementadas para mitigar os riscos da pedofilia virtual e promover um ambiente digital mais seguro.

Palavras-chave: Caso sweetie; Direitos humanos; Inteligência artificial; Pedofilia virtual; Sociedade da informação.

Abstract: Over the years, with the processes of industrial revolutions, society has been transforming itself more and more, until reaching the current scenario of intense technological innovation. With this, the growing digitization of social interactions has brought complex challenges for the protection of human rights. Among these challenges, the increase in crimes committed in the digital environment, such as virtual pedophilia, has become increasingly frequent, driven by more advanced technologies, with a significant impact on human rights. Against this backdrop, artificial intelligence emerges as a modern tool for detecting and preventing sexual crimes against children and adolescents in the virtual environment. In this vein, this study, based on the emblematic Sweetie case—in short, a real case coordinated by the non-governmental organization Terre des Hommes in which a virtual image simulated a 10-year-old Filipino child, allowing the identification of suspected virtual pedophiles—investigates, in light of the information society in which we live, concomitant with the perspective of human rights, how artificial intelligence can be used in an ethical and legally appropriate manner to combat virtual pedophilia. The research was conducted using a qualitative and exploratory approach, focusing on the analysis of legislation, case law, and the Sweetie case. The objective is to investigate how artificial intelligence can be implemented in a way that guarantees the protection of fundamental rights, without compromising human rights, while facing the growing challenge of protecting children and adolescents from crimes in the digital environment. The main conclusions indicate that artificial

intelligence is an innovative tool in the fight against digital crimes. However, it is essential that its development be ethical and transparent in order to mitigate the risks and violations that this technology can cause. Also, public policies need greater integration between technology, human rights, and digital security so that the fight against online child exploitation is more efficient and, at the same time, ethical. Collaboration between governments, technology companies, and non-governmental organizations is essential to effectively combat virtual pedophilia, ensuring greater security. Furthermore, regarding the use of this technology for criminal prevention and investigation purposes with the aim of protecting human rights, it is necessary to review and update the relevant legislation. It is also recommended that digital awareness strategies for parents, educators, and children be implemented to mitigate the risks of virtual pedophilia and promote a safer digital environment.

Keywords: Sweetie case; Human rights; Artificial intelligence; Virtual pedophilia; Information society.

1. INTRODUÇÃO: FRONTEIRAS JURÍDICAS EM TEMPOS DE CRIMES DIGITAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Ao longo dos anos, a sociedade passou por diversas revoluções industrias. A primeira revolução industrial remete a metade do século XVIII, destacando a substituição do trabalho artesanal pelo trabalho assalariado, com o uso das máquinas. Posteriormente, nos séculos seguintes, houveram a segunda e terceira revolução industriais, destacando a expansão da malha rodoviária pelo mundo, e, a produção informatizada, respetivamente.

Atualmente, após as revoluções industriais e todas as alterações e avanços na sociedade global, vivemos o que é por muitos autores, como a Revolução 4.0, ou, quarta revolução industrial[2] , conhecida como a revolução da digitalização do mundo, marcada por um cenário de evolução constante de tecnologias e "transformação do mundo"[3], como esclarece Leon Santos.

Nesse contexto, o uso dos sistemas de inteligência artificial surge não apenas como um avanço técnico, mas como uma ferramenta estruturante da

[2] Nesse sentido, dentre os autores que denominam a quarta revolução industrial: FLORIDI, Luciano.*The Fourth Revolution. How The Infosphere Is Reshaping Human Reality*. Oxford University Press. 2016.

[3] SANTOS, Leon. Quarta Revolução Industrial (Revolução 4.0) é fruto das três anteriores. Imprensa CFA. 2019.

nova sociedade da informação, o que traz sérios impactos, direta ou indiretamente, as mais diversas dimensões sociais. Dessa forma, Floridi sustenta que atualmente, vivemos em um mundo *onlife*. O autor esclarece que utiliza esse termo para tentar explicar o ambiente em que a sociedade vive, no sentido que "tornará cada vez mais difícil distinguir entre a vida online e a onfline, por isso, a vida na infoesfera não faz mais sentido perguntar se uma pessoa está online ou offline, conectado ou não conectado".[4]

Desse modo, em relação a ferramenta da inteligência artificial, o que parecia um futuro, é, na verdade, uma realidade, como afirma Susana de Sousa.[5]

Ainda, considerando que o direito, por necessidade, tem que acompanhar a transformação e evolução da sociedade, a crescente sofisticação dos meios utilizados para a prática de crimes virtuais, como a pedofilia digital, impõe novos desafios jurídicos e demanda respostas eficazes, proporcionais e eticamente orientadas.

Nesse ínterim, discute-se a problematização do tema deste trabalho, qual seja: de que forma a inteligência artificial pode ser utilizada, de forma ética e juridicamente adequada, no combate à pedofilia virtual, sem comprometer os direitos fundamentais?.

Nessa perspectiva, o presente estudo, adotou uma metodologia qualitativa, de caráter exploratório, com foco na doutrina, e, principalmente, no emblemático caso *Sweetie*.

Dessa forma, feita uma breve introdução, os capítulos seguintes buscarão desenvolver, ainda que de forma concisa, em razão do escopo limitado deste trabalho , as principais discussões que envolvem o tema. Em uma primeira análise, o crime de pedofilia virtual, e seu contexto na sociedade da quarta revolução em que vivemos. Posteriormente, buscará analisar sobre o uso da IA no combate à pedofilia virtual, a partir do emblemático caso

[4] Floridi, Luciano. "Ser humano e inteligência artificial: os próximos desafios do Onlife [Entrevista com Luciano Floridi]" . Instituto Humanitas Unisinos. 2020.
[5] SOUSA, Susana Aires de. "Não fui eu, foi a máquina": Teoria do Crime, Responsabilidade e Inteligência Artificial. A Inteligência Artificial no Direito Penal. Coimbra: Almedina. 2020. P.59

holandês *Sweetie*. Depois, será feita uma reflexão crítica acerca da proteção dos direitos humanos e seus desafios concretos. Por fim, serão apresentadas as considerações finais, que buscarão retomar a problemática inicial e indicar possíveis caminhos e recomendações para o uso ético e eficiente da inteligência artificial no combate à pedofilia digital.

2. A PEDOFILIA VIRTUAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

No lexionário, do Diário da República Portuguesa, tem-se previsto que "a expressão pedofilia é genericamente adotada para designar os crimes sexuais cuja vítima seja uma criança. Na lei portuguesa, encontra-se expressamente regulado um regime de crimes contra a autodeterminação sexual, mas não está consagrado o conceito de pedofilia. A lei refere-se a crimes cujas vítimas sejam menores mediante a previsão de distintos tipos de crime, nomeadamente: (i) abuso sexual de crianças (art.º 171.º do Código Penal); (ii) abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável (art.º 172.º do Código Penal); (iii) atos sexuais com adolescentes (art.º 173.º do Código Penal); (iv) recurso à prostituição de menores (art.º 174.º do Código Penal); (v) lenocínio de menores (art.º 175.º do Código Penal); (vi) pornografia de menores (art.º 176.º do Código Penal); (vii) aliciamento de menores para fins sexuais (art.º 176.º-A do Código Penal); (viii) organização de viagens para fins de turismo sexual com menores (art.º 176.º-B do Código Penal). A lei prevê ainda a possibilidade de proibição do exercício de funções por crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual, nomeadamente quando envolva contacto regular com menores (art.º 69.º-B do Código Penal)."[6]

Hisgal define pedofilo como sendo ""todo o indivíduo adulto que sofre de um grave distúrbio de conduta sexual, com desejos compulsivos por crianças ou adolescentes, podendo ter característica homossexual ou

[6] Disponível em: https://diariodarepublica.pt/dr/lexionario/termo/pedofilia

heterossexual."[7]

Como mencionado anteriormente, atualmente, no cenário tecnológico em que vivemos, o cometimento destes delitos se torna cada vez mais comum no meio digital. A denominada sociedade da informação[8], acaba sendo um meio "propício"[9] para a migração e expansão do crime de pedofilia para o ambiente virtual.

Ademais, o ciberespaço traz consigo, vários desafios no que diz respeito ao processo (e fase pré-processual) penal. Dificuldades como prova digital[10], legalidade do meio de obtenção de prova[11].

3. O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO COMBATE À PEDOFILIA VIRTUAL: O CASO *SWEETIE*;

O caso *Sweetie*[12], um caso real em que uma imagem virtual, tipo *robot,* criada por uma ONG (*Terre des Hommes*), simulou uma menina de nacionalidade filipina- pelo fato de ser um dos países com maior índice de exploração sexual de menores - de 10 anos de idade, permitiu atrair e identificar inúmeros predadores sexuais online. Em 2013 esta ONG criou esse "projeto" com objetivo de atrair e identificar "predadores" sexuais atuantes no ambiente virtual. Naquele ano, a organização constatou uma série de casos envolvendo abuso sexual infantil. Tais abusos, sejam praticados por meio de webcams ou de forma presencial, são frequentemente registrados em vídeo e

[7] HISGAIL, Fani. Pedofilia: Um Estudo Psicanalítico. São Paulo: Iluminuras, 2015. P.11
[8] WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. 2000. P.71
[9] Propício aqui não se entende como correto, mas sim como um espaço favorável, não que seja bom.
[10] Nesse sentido, FIDALGO, Sónia. A recolha de prova em suporte electrónico - em particular, a apreensão de correio electrónico. Julgar, nº38. Coimbra: Almedina. 2019. P.153
[11] Acerca do assunto, ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)". Que Futuro para o Direito Processual Penal? — Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora. 2009.
[12] BATATA, Susana Beatriz Silva. Pornografia de menores e agente encoberto em ambiente digital. Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre), orientada pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2022. https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/103670/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_MCJF.pdf

compartilhados em círculos restritos na internet — especialmente na *dark web* — entre indivíduos que buscam satisfazer impulsos sexuais semelhantes.

No presente caso, como a permanência nas salas de bate-papo exigia o uso de câmera, foi desenvolvido um modelo computacional que simulava, com realismo, a aparência e os movimentos de uma criança do sexo feminino, criando a impressão de que se tratava de uma menina real. Durante um período de 10 semanas, essa figura virtual — conhecida como *"Sweetie"* — permaneceu ativa em salas de conversa públicas. Nesse tempo, recebeu cerca de 20 mil abordagens e permitiu à ONG[13] identificar mais de mil adultos, originários de 71 países diferentes, que demonstraram interesse em pagar por atos sexuais transmitidos via webcam com a suposta menor. Entre esses contatos, havia três pessoas localizadas em Portugal.

O sistema era operado a partir de um armazém em Amsterdã. Com base nos diálogos mantidos entre os potenciais abusadores e a criança virtual, a organização realizava buscas em fontes abertas e de acesso público — como mecanismos de pesquisa e redes sociais, incluindo o Google e o Facebook — a fim de identificar os interlocutores. Utilizavam-se informações fornecidas espontaneamente pelos próprios indivíduos durante as conversas, o que possibilitou levantar dados como nomes, endereços, fotografias e números de telefone, sem que fosse necessário qualquer tipo de acesso não autorizado a sistemas informáticos.

Todo o material obtido foi encaminhado à Interpol, que repassou os dados às autoridades policiais dos respectivos países para que fossem iniciadas investigações formais. Importante destacar que as informações identificadas não foram tornadas públicas em nenhum momento.[14]

[13] Para mais informações acerca do projeto, acessar o site: https://terredeshommes.org/
[14] Ordem dos Advogados. Delegação Baião. Sweetie. Atrair pedófilos com bonecas não serve de prova em Portugal. 2013. Disponível em: https://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=134594&idc=31895&idsc=31624&ida=128919

4. PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: ALGUNS DESAFIOS ÉTICOS E JURÍDICOS A PARTIR DO TEMA

A ascensão da inteligência artificial como instrumento de enfrentamento à pedofilia virtual gera profundas implicações no campo dos direitos humanos, especialmente diante da complexidade ética e jurídica envolvida na utilização de tecnologias para fins de vigilância, identificação e punição. Embora a IA represente uma inovação promissora no combate à criminalidade digital, seu uso impõe desafios significativos relacionados à privacidade, à presunção de inocência, à proteção de dados e ao devido processo legal.[15]

Entre os principais dilemas éticos está a linha tênue entre a vigilância legítima para fins de segurança pública e a invasão indevida da esfera privada dos indivíduos. Sistemas de IA, especialmente aqueles treinados para identificar padrões de comportamento suspeito, podem operar com certo grau de autonomia, o que, por vezes, compromete a transparência dos critérios utilizados. Soma-se a isso o risco de viés algorítmico, ou seja, a reprodução de discriminações sociais preexistentes por sistemas automatizados, o que compromete diretamente a imparcialidade e equidade da justiça.

Do ponto de vista jurídico, a falta de normatização específica sobre o uso de IA em investigações criminais gera insegurança jurídica. A maioria das legislações atuais ainda não contempla com clareza os limites e as responsabilidades no uso dessas ferramentas tecnológicas por parte do Estado e de entes privados. Isso levanta uma importante questão: é possível combater crimes de alta complexidade como a pedofilia virtual sem, contudo, comprometer as garantias fundamentais dos cidadãos?

[15] Nesse sentido, Anabela Rodrigues reforça a necessidade de se regular quando diz que: "novas soluções de ia entraram e começaram a difundir-se nos sistemas de justiça penal sem terem sido pensadas e desenhadas para ser utilizadas neste domínio". Rodrigues, Anabela Miranda. et al. A Inteligência Artificial no Direito Penal. Coimbra: Grupo Almedina. 2022. P.12

A resposta demanda a construção de um arcabouço legal robusto, interdisciplinar e internacionalmente coordenado, que assegure a proteção da dignidade humana tanto das vítimas quanto dos investigados. Também é fundamental reforçar os mecanismos de controle institucional e auditabilidade dos sistemas inteligentes, de forma a garantir que sua utilização esteja em conformidade com os princípios constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos.

Por fim, cabe destacar a responsabilidade dos atores envolvidos — Estado, setor privado e sociedade civil — na construção de políticas públicas que promovam um equilíbrio entre segurança digital e proteção de direitos. A atuação ética, responsável e transparente desses agentes é condição essencial para o uso legítimo da IA no contexto de prevenção e repressão de crimes contra a infância no ambiente virtual.

5. NOTAS (POUCO) CONCLUSIVAS: UM DESAFIO AINDA EM ABERTO

Diante de todo o exposto, este trabalho buscou abordar o que é a inteligência artificial, suas repercussões no Direito, com foco no direito penal, e analisar os desafios e a necessidade de regulamentação específica para seu uso, especialmente no combate à pedofilia virtual, tendo em vista a proteção dos direitos humanos.

Além disso, foi investigado, a partir do caso emblemático *Sweetie,* como a IA pode ser aplicada de forma ética e juridicamente adequada para prevenir crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente digital, ressaltando a importância da transparência e do respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, conclui-se que é fundamental que haja uma regulamentação clara e específica para o desenvolvimento e aplicação de sistemas de IA, que garanta não apenas a eficácia no combate a crimes digitais,

mas também o respeito aos direitos humanos, à privacidade e à proteção de dados.

Embora já existam leis que regulam tecnologia, crimes cibernéticos e proteção de dados em diversos ordenamentos jurídicos, o rápido avanço da IA e sua inserção cada vez mais intensa no cotidiano exigem a criação de normas que supram lacunas existentes, abordando aspectos específicos e sensíveis relacionados ao seu uso.

Desse modo, verificou-se que não se pode ignorar a aplicação da IA no Direito penal, mas sim é necessário estudá-la e regulamentá-la cuidadosamente, especialmente nas situações em que há maior risco de violação dos direitos fundamentais e da privacidade.

Por fim, destaca-se a necessidade de se alcançar um equilíbrio que assegure a proteção dos direitos humanos e da proteção de dados, ao mesmo tempo em que permite o desenvolvimento responsável e ético dos sistemas de inteligência artificial para o enfrentamento da pedofilia virtual e demais crimes digitais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de Investigação (plädoyer para uma teoria geral)". Que Futuro para o Direito Processual Penal? — Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

BATATA, Susana Beatriz Silva. Pornografia de menores e agente encoberto em ambiente digital. Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses (conducente ao grau de Mestre), orientada pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2022.

https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/103670/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_MCJF.pdf

FIDALGO, Sónia. A recolha de prova em suporte electrónico - em particular, a apreensão de correio electrónico. Julgar, nº38. Coimbra: Almedina. 2019.

FLORIDI, Luciano.The Fourth Revolution. How The Infosphere Is Reshaping Human Reality. Oxford University Press. 2016.

FLORIDI, Luciano. "Ser humano e inteligência artificial: os próximos desafios do Onlife [Entrevista com Luciano Floridi]" . Instituto Humanitas Unisinos. 2020.

SANTOS, Leon. Quarta Revolução Industrial (Revolução 4.0) é fruto das três anteriores. Imprensa CFA. 2019. Acesso disponível em: https://cfa.org.br/as-outras-revolucoes-industriais/

SOUSA, Susana Aires de. "Não fui eu, foi a máquina": Teoria do Crime, Responsabilidade e Inteligência Artificial. A Inteligência Artificial no Direito Penal. Coimbra: Almedina. 2020

RISSE, Matthias. Direitos Humanos e Inteligência Artificial: Uma Agenda Urgentemente Necessária. Revista Publicum, v. 4, n. 1, p. 17-33, 18 jun. 2018. P.3. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35098/25126

RODRIGUES, Anabela. A Inteligência Artificial no Direito Penal. Coimbra: Grupo Almedina, Março de 2022.

WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. 2000.

PERFIS PESSOAIS EM REDES SOCIAIS E A (IN)TRANSMISSIBILIDADE HEREDITÁRIA: A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Personal Profiles Social Networks and hereditary (in)transmissibility: the defense of human rights and personal rights

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti[1]

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Maíra Feltrin Alves[2]

Universidade Santa Rita

DOI: https://doi.org//10.62140/ACMA105185360

Sumário: 1. Introdução; 2. Herança e bens digitais; 3. Natureza híbrida dos perfis das redes sociais e o Direito da Personalidade; 4. Transmissibilidade ou intransmissibilidade das contas registradas em redes sociais? 5. Considerações finais.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo geral verificar se as redes sociais pessoais, após a morte do indivíduo, são bens passíveis de herança e, portanto, sucessão em produção e continuidade de comunicação ou se sua preservação se constitui defesa de direitos humanos e da personalidade do *de cujus*. Para tanto, o estudo abrangerá o aspecto jurídico da possibilidade ou impossibilidade de reconhecer as contas em redes sociais como bens, ativos digitais e, portanto, passíveis de sucessão hereditária ou se se tratam de direitos existenciais e, como tais, merecem tutela jurídica diversa

[1] Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU em São Paulo. Pesquisadora e Advogada. E-mail: aelwc@terra.com.br. Link ORCID: http://orcid.org/0000-0001-7324-4741.

[2] Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora de graduação e pós graduação. E-mail: maira.alves@feltrinalves.com.br. Advogada e Pesquisadora. Link ORDIC: https://orcid.org/0009-0008-9800-673X.

da esfera patrimonial hereditária. Para tanto, inicia traçando algumas premissas conceituais, para proporcionar reflexão acerca dos direitos incidentes na hipótese de trabalho. A metodologia utilizada é a dedutiva, descritiva e comparativa, com pesquisa normativa e de outros documentos com força jurídica, bibliográfica e qualitativa, partindo-se da reflexão acerca das relações jurídicas incidentes relativamente às redes sociais após a morte do indivíduo e seu impacto nos direitos imateriais como direito da personalidade e direitos humanos. E, partindo-se dessa premissa, identificar se há a possibilidade do registro em redes sociais e seus conteúdos constituírem-se patrimônio passível de transmissão sucessória ou se a proteção jurídica deve constituir-se em preservação de direitos personalíssimos humanos, buscando entender se há a possibilidade de as redes sociais serem administradas, utilizadas, geridas e produzidas como consequência direta do direito sucessório.

Palavras-chave: Sucessão digital; Redes Sociais Direito de Herança; e Direitos da Personalidade.

Abstract: The general objective of this study is to verify whether personal social networks, after the death of the individual, are assets subject to inheritance and, therefore, succession in production and continuity of communication or if their preservation constitutes the defense of human and very personal rights of the died person. To this end, the study will cover the legal aspect of the possibility or impossibility of recognizing social media accounts as goods, assets, digital and, therefore, subject to hereditary succession or if they are very personal rights and, as such, deserve legal protection different from the hereditary patrimonial sphere. To this end, it begins by outlining some conceptual premises, for proportional reflection on the rights incident to the working hypothesis. The methodology used is deductive, descriptive and comparative, with normative research and other documents with legal, bibliographic and qualitative force, starting from the reflection on the legal relations incident to social networks after the death of the individual and its impact on immaterial rights such as personality rights and human rights. And, based on this premise, to identify if there is a possibility of registration in social networks and their contents constituting assets subject to succession transmission or if legal protection should constitute the preservation of very personal human rights, seeking to understand if there is the possibility of social networks being administered, used, managed and produced as a direct consequence of inheritance law.

Keywords: Digital succession; Social Networks; Human and Personality Rights.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo tem como principal objetivo promover a reflexão e investigar a perspectiva das contas cadastradas em redes sociais e seus efeitos *post mortem* em relação ao titular. Tem-se que as redes sociais contêm elementos que ensejam diretamente a existência e a proteção de direitos subjetivos e humanos da pessoa em vida. Pondera-se se após seu falecimento, tais cadastros em redes sociais poderiam ser considerados ativos patrimoniais ou se o tratamento enfrentado será o de direitos da personalidade, e, como tal, ensejando proteção e tutela pelos sucessores, diversa da hereditária, de cunho patrimonial.

Uma das ponderações utilizadas para analisar a hipótese investigativa apresentada, considera se há ou não a existência de conteúdo econômico na rede social ativa da pessoa, bem como, por outra vertente, o exercício da autonomia da vontade da pessoa em vida, mediante escritos particulares, negócios jurídicos, testamentos ou codicilos, que pudessem ou fossem aptos a deliberar acerca da sucessão de seus perfis de redes sociais.

E neste sentido, como outra hipótese, apresenta-se a análise da questão pelo aspecto patrimonial e, após, a natureza de direitos humanos envolvidos. Neste panorama, faz-se a reflexão se eventual ausência de disposição em vida do titular do perfil em redes sociais assume legitimidade e autonomia pelos sucessores do *de cujus*.

Essas questões ensejam a observação do contexto fático atual, que apresenta reflexos jurídicos relevantes e não se esquiva de incidente tutela, especialmente sob o viés dos direitos humanos, notadamente em seu caráter de direitos da personalidade.

A investigação, o debate e a reflexão ponderam sobre tema atual, da realidade cotidiana de muitas pessoas e da necessidade de apresentar formas de tutela jurídica que possam ser concretamente aplicadas aos casos reais e

exponencialmente cada vez mais frequentes. O tema não foge a objeto de atenção pela produção normativa no Brasil e, como também se nota, nos Estados Unidos da América e na Europa, pelos conceitos de *digital assets* e *digital property*.

A metodologia utilizada é a dedutiva, descritiva e comparativa, com pesquisa normativa e de outros documentos com força jurídica, bibliográfica e qualitativa, partindo-se da reflexão acerca das relações jurídicas incidentes relativamente às redes sociais após a morte do indivíduo e seu impacto nos direitos imateriais como direito da personalidade e direitos humanos.

2. HERANÇA E BENS DIGITAIS

É na qualidade de direito fundamental, porquanto expressão da garantia da dignidade humana, que o direito de herança possui tutela constitucional (art. 5º, XXX, CF).

A herança é um conjunto de direitos e obrigações de ordem patrimonial que, *causa mortis*, transmite-se do *de cujus* ao herdeiro. Os bens de valor patrimonial amealhados por um indivíduo podem ser de ordem material ou imaterial, e, no ambiente telemático em atual proeminência, podem ser inclusive digitais. No entanto, a questão que ainda se apresenta é se todos os arquivos ou todo o conteúdo digital armazenados em meios telemáticos estariam aptos a transmissibilidade na qualidade de herança.

Os ativos digitais (ou *digital assets)* são considerados, mas a eles não se limitam, os documentos digitais, os áudios, os vídeos e demais conteúdos arquivados ou em circulação em aplicações digitais em hardware ou em nuvem. Constituem-se, dessa forma, o patrimônio digital de pessoas e empresas, indicando, em tese, a possibilidade de armazenamento, transferência e eventual alienação (neste particular há de se considerar a impossibilidade quando se trata de direitos da personalidade). Constituem-se bens sempre imateriais e, portanto, digitais.

No momento em que este estudo é realizado, não há no Brasil, ainda, legislação específica acerca de bens ou de patrimônio digital: nem quanto à sua efetiva conceituação e nem quanto à natureza de bens e direitos que constituiria a herança digital. Nem mesmo o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) ou a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) tratam do tema, embora possam, de maneira geral, serem considerados na proteção de dados do falecido. Há alguns projetos de lei em andamento e há, atualmente, o debate para a alteração de alguns pontos do Código Civil de 2002 e então pode ser que a questão venha positivada no ordenamento jurídico brasileiro.

Enquanto não há legislação específica no Brasil, a tutela jurídica deve existir, em ponderação aos instrumentos pré-existentes. Nesse sentido, comentam Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Maíra Feltrin Alves:

> "No Direito Brasileiro, ao menos inicialmente, promovendo-se uma avaliação sistemática do Código Civil, tem-se que os direitos patrimoniais são objeto de sucessão[3], sendo os direitos da personalidade do de cujus intransmissíveis (art. 11, CC) e apenas defensáveis em virtude de ameaça ou lesão pelos sucessores (art. 12, parágrafo único, CC)."[4]

Bem por isto, é que se apresenta uma premissa acerca do que se considera como bem para fins deste estudo, contemplando a teoria apresentada por Silvio de Salvo Venosa[5] que indica que bens se constituem em tudo aquilo que proporciona utilidade ao seu titular, podendo tal utilidade

[3] Veja-se que o direito à sucessão aberta é, por força de lei, considerado como bem imóvel, de acordo com o disposto no art. 80, II do Código Civil Brasileiro.

[4] FELTRIN ALVES, Maíra e CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Impactos Jurídicos da Inteligência Artificial na Herança Digital: Análise sob o Aspecto dos Diretos Sucessórios, Direitos Humanos, Direitos da Personalidade do Falecido e Fontes Normativas Incidentes no Direito Brasileiro e no Direito Português *in* VEIGA, Fábio da Silva; XAVIER, João Proença; LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães (Coords.) Direitos Humanos: Aspectos Interdisciplinares e Travessias Globais, PortoCoimbra: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Coimbra Business School, 2024, 574 págs. ISBN: 978-989-35571-2-9, p. 309.

[5] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p.318.

ser econômica ou não, diferindo bens de coisas, sendo estas apropriáveis e os bens dotados de utilidade. Assim sendo, o bem possui uma qualificação de utilidade, não necessariamente econômica e que, então, pode constituir-se em atributos de existência, com a tutela e a proteção a bens de natureza existencial, da personalidade e humanos. Para estes a utilidade – não econômica – revela-se social e jurídica. Por outro lado, insta-se a pensar que as questões de natureza existencial estariam muito mais próximas a um conteúdo de direitos do que de bens, ainda que estes sejam considerados pelo critério da utilidade.

Neste sentido, os bens materiais e imateriais sugerem proteção legal, mas nem todos (aqueles sem utilidade econômica) podem constituir acervo patrimonial para herança.

No mundo telemático a natureza desses bens é variada e demanda proteções distintas e a depender da utilidade que contêm. Desta feita, ao se pensar em *bitcoins*, canais no Youtube, contas em redes sociais, domínios de internet, milhas em programas de transporte aéreo, dentre outros, pode-se ter a reflexão se ensejam um conteúdo patrimonial relevante. No entanto, não se pode afastam também a reflexão que para alguns deles (como conteúdo de YouTube e domínios de internet e contas em redes sociais, *v.g.*) concernem a conteúdo de direito da personalidade (*digital assets*) ou de direitos autorais (*digital property*), tais como fotos, vídeos, *playlists*, mensagens, e-mails.

Os ativos digitais (ou *digital assets)* são considerados, mas a eles não se limitam, as contas de e-mail, as contas em redes sociais, os documentos digitais, os áudios, os vídeos e demais conteúdos arquivados ou em circulação em aplicações digitais em hardware ou em nuvem. Constituem-se, dessa forma, um acervo particular – e por vezes também patrimonial - digital de pessoas e empresas, indicando, em tese, a possibilidade de armazenamento, transferência e eventual alienação (neste particular há de se considerar a impossibilidade quando se trata de direitos da personalidade). Constituem-se

bens sempre imateriais, portanto.

Daí decorre a necessidade de entender a natureza de tais bens para, igualmente, se passar a debater e alcançar uma possível resposta acerca da compreensão da tutela jurídica mais adequada a cada uma das espécies envolvidas.

3. NATUREZA HÍBRIDA DOS PERFIS DE REDES SOCIAIS E A PROTEÇÃO JURÍDICA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consoante a existência dos *digital assets*, é possível verificar a existência de três categorias de *digital property*, conforme pondera Kateryna Nekit (2023, p.03): *propriedade digital pessoal; propriedade digital pessoal com valor monetário; propriedade digital empresarial (ou de negócios comerciais)*. A diferença entre a propriedade digital pessoal e a propriedade digital pessoal com valor monetário é exatamente a forma e intenção de utilização pelo seu titular. Enquanto na primeira, trata-se de arquivo pessoal, puramente indicado como direito da personalidade, na segunda modalidade, aquilo que pessoalmente se produz tem um intuito direto de monetização, tornando-se, assim, com caráter patrimonial. A propriedade digital empresarial, por sua vez, consiste nos arquivos digitais todos os produzidos e relativos à atividade empresária, como nomes de domínio, formas de percepção de pagamento, como o PayPal, *v.g.*

Desta feita, a análise passa, inicialmente, à identificação e à percepção de qual tipo de *digital assets* se caracteriza e, então, qual sua natureza jurídica e perspectiva de tutela legal.

Dentro do objetivo deste estudo, suscita-se a reflexão aos ativos digitais criados e promovidos em redes sociais e as espécies de proteção jurídica que a eles se delineia, em especial diante da vigente legislação brasileira.

As redes sociais compreendem uma diversidade de relações interpessoais e mercantis, a tal ponto de constituírem-se objeto de relevância jurídica de demandarem proteção, seja existencial, seja patrimonial.

Encerram-se nas redes sociais oportunidades de registro de momentos e pensamentos, por meio escrito ou visual; instituição e manutenção de relacionamentos interpessoais e, ainda, promoção e comercialização de bens e serviços. Todos estes, à sua maneira, bens digitais, com ou sem exploração econômica.

As redes sociais como *Instagram* e *Facebook* trazem a possibilidade de cadastramento de perfis de usuários para alcançar ambas as espécies de objetivos e caracterizando, assim, um bem da tecnologia digital, promovendo utilidade a quem a ele se inscreve.

Primariamente o conteúdo gerado dentro dessas plataformas é de natureza eminentemente existencial, dado o compartilhamento de dados, imagens, voz, pensamentos. No entanto, para aqueles que procuram outros objetivos, esse compartilhamento de dados de natureza personalíssima pode ensejar também uma exploração econômica. Assim são os conteúdos publicitários, modelos de negócios, parcerias comerciais, dentre outros, para os cadastrados, e de renda para a plataforma em questão (nem que seja pela circulação e pelo valor dos dados pessoais). Não se pode olvidar que sua abordagem inicial é sempre proveniente da produção de conteúdo pelo titular da conta ou por quem ele autorize a fazê-lo em seu nome.

Ainda nesta seara, podem ser observados os direitos do autor, haja vista que, considerando a atual proteção legislativa pela Lei nº 9.610/1998 (a Lei de Direitos Autorais), em seu art. 7º, as obras intelectuais protegidas "*criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro*" tais como textos, obras audiovisuais e fotográficas, todas provenientes do desenvolvimento e criação pessoal, tal qual ocorre cotidianamente nas manifestações dos indivíduos nas

redes sociais. No entanto, não se deve desconsiderar que aos direitos autorais, igualmente, existe uma parte de direitos humanos personalíssimos (da exteriorização criativa em si) e também pode coexistir uma parte que compete à exploração econômica dessa produção intelectual.

Doutro lado, pode-se ensejar o entendimento e caracterização da tal produção pessoal – e na opinião deste estudo apenas o que geram monetização – constituem-se bens, na acepção da Teoria Geral do Direito Civil vigente. A controvérsia dessa conceituação é patente.

Analisam este ponto de conceituação Simone Gonçalves e Rômulo de Morais Oliveira:

> "Há aqueles que defende ser bens incorpóreos ou imateriais, a propósito Bruno Miragem explica que, "os bens digitais são espécies de bens incorpóreos, sobre os quais recai titularidade e a possibilidade de sua oferta e alienação sob a forma de produtos, os quais, segundo o art. 3º, § 1º, do CDC (LGL\1990\40), podem ser bens imateriais" (2019, p. 11).
>
> Acompanhando o mesmo posicionamento Viegas (2017, p. 11), ensina que "dessa maneira, infere-se que os dados digitais são abrangidos pelo conceito de bens imateriais, visto que não contam com existência física, material, encontrando-se apenas na esfera virtual, existentes tão somente no âmbito virtual".
>
> Por outro lado, alguns autores defendem que os bens digitais se classificam em bem moveis, pois são "passíveis de remoção por força alheia, sem modificação da substância ou da sua destinação econômico-social (art. 82, CCB)". (TAVEIRA JR, 2018, p. 86).
>
> Na mesma linha de intelecção Costa Filho defende que "tendo os arquivos digitais como energia armazenada, é possível considerar o acervo digital como um conjunto de bens

> móveis para efeitos legais." (COSTA FILHO, 2016, p. 32-33)."[6]

Há, ainda, quem na prática forense categorize esse cadastro em redes sociais como uma espécie de bem móvel, consoante art. 83, I do Código Civil, considerando que se trata de energia.

A controvérsia para definir a natureza jurídica dos bens digitais interfere na solução legal a ser a eles incidente.

Considerando os argumentos observador para a elaboração deste estudo, parece razoável considerar que as contas em redes sociais como *Instagram* e *Facebook* podem ser de natureza híbrida: da espécie de bens (retira-se utilidade dele) imateriais (com carga de informação digital), que mantém dados pessoais de natureza existencial e de Direitos da Personalidade, mas que, igualmente, provê conteúdo dotado de economicidade, com natureza patrimonial.

Todos estes argumentos ensejam o pensamento de que essa categoria de bens poderia ser definida como bens tecnológicos e imateriais de natureza híbrida (existencial-patrimonial), o que indicaria certo facilitador na aplicação da solução jurídica mais adequada, a depender se se tratam de propriedade digital pessoal ou de propriedade digital pessoal com valor monetário.

E, sobretudo, essa identificação da natureza jurídica do bem digital de propriedade pessoal importa para o momento sucessório de seu titular.

4. TRANSMISSIBILIDADE OU INTRANSMISSIBILIDADE DAS CONTAS REGISTRADAS EM REDES SOCIAIS?

[6] GONÇALVES, Simone; OLIVEIRA, Rômulo de Morais. A natureza jurídica dos bens digitais no direito brasileiro. In: Revista Ibero- Americana de Humanidades, Ciências e Educação-REASE. São Paulo, V. 9, n. 09, setembro 2023, p.3126.

Conforme a premissa que se propõe até aqui, existe uma essencial natureza de direitos humanos e direitos da personalidade nos perfis cadastrados nas redes sociais e que, a depender da utilidade que o titular da conta atribua, também pode haver conteúdo patrimonial. Havendo conteúdo patrimonial e também em atenção a direitos fundamentais vinculados à herança, não pode haver tratamento desigual relativamente à transmissibilidade do conteúdo vinculado economicamente, tal qual ocorre na exploração econômica dos direitos autorais e por força do princípio da *Sasine*, insculpido no art. 1.784, do Código Civil.

Ante o falecimento do titular da conta cadastrado, então, há que se ponderar entre a existência dessas duas espécies de tutela (existencial-humana-personalíssima e econômica-patrimonial) que o usuário tenha atribuído à sua conta, para alcançar, dentro da perspectiva do Ordenamento Jurídico, aquela ou aquelas que melhor se enquadrem para a tutela concreta.

Os termos de uso das plataformas de redes sociais, como o *Instagram* e o *Facebook*, encontram soluções na esfera do direito privado, contratual, ainda que por contrato de adesão e aceitação por *disclaimer*. E se constitui de indicação prévia de vontade do usuário da conta. Manifestação livre e consentida de uma pessoa capaz acerca do destino que se possa dar à sua conta na rede social depois de seu falecimento.

Notadamente, ao longo do tempo de existência das redes sociais em comento, seus termos de uso passaram a prever a possibilidade de, ante o falecimento de um usuário, encerrar-se a sua conta ou transformá-la em um memorial.

Na primeira hipótese, a previsão é a de que a conta deixe de existir, sendo necessário para isso que se comprove o falecimento do titular e a solicitação seja feita por quem, também comprovadamente, seja seu parente ou sucessor.

Já na hipótese de a conta transformar-se em memorial, a solicitação tem que ser feita igualmente com a comprovação da morte do titular e, uma vez transformada a natureza da conta, esta passa a exibir ao lado do nome o titular o temo "em memória de" e também apresenta algumas restrições. O conteúdo ali disposto previamente pelo titular em vida, permanece. Não pode qualquer pessoa alheia alterar o que já está compartilhado e nem adicionar novo conteúdo. Eventualmente pode adicionar novos pedidos de contatos/amigos/seguidores.

Ambas são formas de preservar postumamente os direitos da personalidade do usuário e, inclusive, sua privacidade, ante a possível conteúdo restrito ao seu âmbito de intimidade e privacidade que a plataforma possa ter.

No entanto, também há a possibilidade de o usuário previamente indicar ainda em vida o contato de uma pessoa como "herdeira" e isto não significa que terá acesso direto e irrestrito à conta do titular. Em verdade, apenas facilita um pouco o processo de mudança da conta em memorial ou em sua exclusão. A tônica, sempre, é a preservação de direitos da personalidade, seja pelo viés da proteção da intimidade e privacidade, seja pela preservação de direitos autorais: um valor muito caro de cuidados pelas redes sociais.

Entretanto, em que pese essa organização das redes sociais no sentido de preservação de direitos da personalidade do usuário, a questão que paira é se se mostra instrumento suficiente à tutela jurídica em caso de falecimento do usuário da rede social.

Se por um lado parece ser suficiente para a proteção do bem existencial, por outro pode causar embaraços quando a conta da rede social vincular-se a conteúdo de bem patrimonial.

Para refletir sobre o tema, ainda, apresenta-se o Enunciado 687 do

Conselho de Justiça Federal (CJF): "*O patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo*."

Os direitos da personalidade são inatos, surgem com o nascimento com vida (art. 2º do Código Civil) e se encerram com a morte da pessoa (art. 6º do Código Civil). Embora seja um conteúdo vinculado à vida do indivíduo, daquele que detém essa espécie de direitos humanos e individualmente seus na titularidade, sua defesa é autorizada legalmente (art. 12 do Código Civil) pelos seus sucessores, mediante a instauração da legitimidade para cessar ameaça ou lesão a direito personalíssimo do falecido.

No entanto, *pari passu*, há a preservação da privacidade do falecido e de terceiros com quem tenha estreitado contato pelas redes sociais, o que é pauta de preocupação pelas plataformas que acomodam e mantêm as redes sociais. Cabe, aqui, uma ponderação de ordem, apontada por Ana Elizabeth Lapa Cavalcanti e Luíza Souto Nogueira, no sentido de que "*é necessário questionar se há legítimo interesse jurídico em acessar os demais conteúdos, ou se se trata apenas de curiosidade dos herdeiros."*[7]

Tudo isto não exclui, todavia, o também direito fundamental de herança. No entanto, os direitos da personalidade não são objeto de herança. A repercussão econômica que estes direitos podem ter, estes sim, estão no acervo de bens passíveis de transmissão por herança, pois seu conteúdo é de bens com valor econômico, patrimônio.

Neste ponto pode-se ponderar pela existência de uma antinomia normativa que teria surgido com a sociedade da informação, com a tecnologia e com as relações instauradas com e pelas plataformas de redes sociais. Se de

[7] CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley e NOGUEIRA, Luíza Souto. Herança digital: uma análise sobre a transmissão de bens digitais e extrapatrimoniais do falecido no Direito Brasileiro. In*:* ROCHA, Renata da; CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; GURGEL, Fernanda; KIBRIT, Orly. *Estudos Contemporâneos de Direito Civil*. São Paulo: MV, 2025, p. 62

um lado, a proteção ao direito à privacidade é pungente, por outro, igualmente, a proteção do direito de herança se impõe.

Ambos devem ser ponderados, calibrados e organizados para proporcionar aos herdeiros a transmissibilidade do conteúdo patrimonial, sem que isto afete a privacidade do falecido e de terceiros.

Pondera-se, também, que uma possível solução seria o falecido deixar uma manifestação expressa de vontades acerca da possibilidade de gestão da conta por terceiro. E, nesta circunstância, o debate invoca a questão acerca da autonomia de vontade do titular da conta cadastrada *versus* os termos de uso das plataformas das redes sociais. A discussão fica em torno da avaliação da possibilidade de que a manifestação de vontade do usuário da rede social em vida, através de testamento ou de codicilo, fosse suficiente para prevalecer sobre os termos de uso, a ponto de permitir a manutenção da conta do usuário falecido em termos diferentes da conta "em memória de".

Isto parece ser possível, no entanto, se direitos de terceiros não forem atingidos. Sejam aqueles inerentes à personalidade e à privacidade, sejam aqueles que dizem respeito à informação pública naquela conta em rede social de que o titular está falecido e a conta continua sob gestão de terceiro.

No entanto, há a possibilidade muito concreta atualmente de o falecido não deixar manifestação expressa de vontade no sentido da autorização ou da negativa de acesso a seus bens digitais. E neste sentido, indaga-se se o Poder Judiciário estaria apto a suprir a referida autorização do *de cujus* em benefícios de seus herdeiros, por meio de ação própria de Alvará Judicial, Inventário ou mesmo uma Ação de Obrigação de Fazer.

Considerando a Lei nº 12.905/2014, o Marco Civil da Internet, tem-se que o fluxo de comunicações (por meio telemático) é inviolável e tutelado pelo sigilo (art. 7º, II), salvo se de maneira diversa determinar uma decisão judicial; e que o conteúdo das comunicações privadas só poderá ser

disponibilizado a terceiros mediante expressa autorização judicial (art. 10). Assim como a Lei nº 13.709/2018 (a Lei Geral de Proteção de Dados) reafirma a mesma obrigatoriedade de proteção aos dados pessoais dos indivíduos. Neste cenário, pode-se inferir que a ausência de previsão legal direta sobre a questão da sucessão no universo telemático e de consentimento do titular desses dados na esfera privada, transportam ao Estado, através do Judiciário, a avaliação casuística da situação em que sucessor solicita acesso a dados pessoais telemáticos do sucedido.

Bem por isso deixa-se a avaliação mais minuciosa individualmente considerada em cada processo, acerca da legitimidade, do interesse de agir, da viabilidade de atendimento aos pedidos mediato e imediato que proporcionariam a um ou aos sucessores a possibilidade de acesso ao acervo digital de dados e bens do falecido.

No entanto, ainda assim, pondera-se se essa legitimidade abarcaria contas pessoais e não monetizadas em redes sociais, mensagens, fotos, vídeos, áudios, documentos em que terceiros tenham participado e que, então, poderiam ofender direitos da personalidade e à inviolabilidade ao sigilo de dados pessoais de terceiros, alheios ao evento sucessório.

O Judiciário Brasileiro, à altura da redação deste estudo, já conta com alguns processos em curso. Dentro desse universo, vê-se com considerável expressividade os pedidos de sucessores para acesso ao ID Apple de seus sucedidos. A Empresa gestora do cadastro e ID normalmente apresenta antítese ao pedido do Autor, indicando tratar-se, justamente, da proteção à inviolabilidade e ao sigilo dos dados pessoais, reforçando que apenas pode conceder tal acesso mediante expressão da vontade do falecido ou mediante ordem judicial.

A questão parece apresentar um ciclo de ponderações, não afastando da hipótese a preservação dos direitos da personalidade do falecido e de terceiros em relação a dados arquivados. Neste mister, paira o questionamento

jurídico acerca da abrangência do Direito Sucessório aos direitos humanos e da personalidade.

Neste sentido, Patricia Corrêa Sanches[8] aponta: "*No entanto, não é absoluto* [o Direito das Sucessões]*: os direitos da personalidade não são passíveis de serem herdados, como é o caso em voga, abrindo-se a discussão sobre a privacidade ser, ou não, passível de ser violada após a morte*".

E continua:

> "As informações privadas – como mensagens, fotos e vídeos, por exemplo – que foram resguardadas por senha não compartilhada pelo falecido, pertencem à esfera da privacidade e possuem proteção constitucional. Como tal, não podem ser violadas, a não ser que expressamente autorizado pelo falecido. É uma questão de segurança jurídica à privacidade.
>
> [...]
>
> Não existindo qualquer disposição expressa da pessoa falecida quanto ao acesso às suas informações privadas, não é cabível a concessão desse direito aos herdeiros, à exceção de suspeita de ação criminosa que, nessa hipótese, ficará sob análise do juízo."

Sem dúvida no contexto do acervo digital existem escritos particulares e dados que são pertinentes a terceiros, tornando o debate ainda mais sensível à proteção do direito da intimidade e da privacidade frente ao que se pondera ser um direito sucessório.

O Enunciado n. 404 da V Jornada de Direito Civil já apresenta a preocupação com a preservação de dados da esfera da intimidade do indivíduo, vinculado ao exercício da autonomia da vontade:

---

[8] *SANCHES, Patricia Corrêa. Pai tem direito de acessar arquivos "de valor sentimental" deixados pelo filho, morto no ano passado. Disponível em IBDFAM: Pai tem direito de acessar arquivos "de valor sentimental" deixados pelo filho, morto no ano passado. Acesso em 30.04.2024*

> "A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente sobre o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas".

A autonomia da vontade e a livre manifestação acerca do conteúdo digital existencial *post mortem* parecem ser o melhor caminho para a resolução da questão. No entanto, tem-se que não é, ainda, um retrato da realidade e da atenção de muitas pessoas. E, até que seja – e se o for – as relações precisarão estar reguladas por lei ou apreciadas casuisticamente e individualmente pelo Poder Judiciário.

Os desafios nessa seara são plurais e dinâmicos. E o diálogo normativo para a proteção legal é de relevância para a mais adequada aplicação mediante o caso concreto. De todo modo, os direitos humanos e os direitos da personalidade devem ser sempre considerados como referência para a tutela jurídica da questão.

5. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROPOSIÇÃO DE ATUALIZAÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA

O Código Civil Brasileiro, a principal legislação que regula as relações privadas no país, abrange, além da parte geral dessas relações jurídicas, temas como obrigações, contratos, direito de famílias, sucessões e bens. Trata, ainda, de disposições que reverberam e tutelam os direitos humanos, porquanto direitos fundamentais, como, na vertente dos direitos da personalidade e do direito sucessório e de herança. Sua versão atual, instituída pela Lei nº 10.406, foi promulgada em 10 de janeiro de 2002 e entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, substituindo o antigo Código Civil de 1916.

A elaboração do então novo Código Civil foi um processo longo e complexo. A comissão responsável pela proposta normativa de atualização do Código Civil de 1916 iniciou os trabalhos em 1969. O projeto de lei originado desse trabalho da comissão foi apresentado ao Congresso Nacional seis anos

depois, em 1975. No entanto, devido a revisões, debates, apresentação de nova redação em atenção às dinâmicas sociais, sua aprovação definitiva só aconteceu em 2001, após mais de três décadas de desenvolvimento e discussões.

Entre as principais inovações do Código Civil de 2002, destacam-se: uma perspectiva do direito de família mais condizente com a realidade dos anos 2000 do que a previsão do início do século XX, com maior reconhecimento da igualdade entre os cônjuges e a valorização da afetividade nas relações familiares; a atenção e ampliação à autonomia privada, admitindo maior liberdade na celebração de contratos e na gestão patrimonial; a alteração do modelo de responsabilidade civil, considerando e adotando a teoria do risco e ampliando a reparação por danos morais; o ponderação e evidência da função social da propriedade e dos contratos, conferindo um caráter ao direito privado mais afeto aos direitos humanos.

O Código Civil de 2002 evidentemente trouxe significativas mudanças para a normativa brasileira às novas realidades sociais e econômicas. Nesse mesmo sentido, a proposição legislativa de atualização do Código Civil de 2002 segue no Poder Legislativo brasileiro, especialmente diante das mais recentes dinâmicas sociais, bastante influenciadas pela sociedade da informação.

Na proposta de atualização do Código Civil Brasileiro (PL nº 4/2025), dedicou-se um capítulo para tratar de patrimônio digital, que se inicia com uma conceituação ou definição do termo:

> "Art. 2.027-AA. Considera-se patrimônio digital o conjunto de ativos intangíveis e imateriais, com conteúdo de valor econômico, pessoal ou cultural, pertencente a pessoa ou entidade, existentes em formato digital. Parágrafo único. A previsão deste artigo inclui, mas não se limita a dados financeiros, senhas, contas de mídia social, ativos de criptomoedas, tokens não fungíveis ou similares, milhagens aéreas, contas de games ou jogos cibernéticos, conteúdos digitais como fotos, vídeos, textos, ou quaisquer outros ativos digitais, armazenados em ambiente virtual."

A premissa apresentada pela proposição legislativa tem o escopo

de preservar a intimidade do *de cujus*, de seus interlocutores e de terceiros, sendo o acesso de sucessores (ou mesmo herdeiros) franqueado, neste sentido, se houver disposição de vontade, inclusive testamentária, a respeito e, apenas excepcionalmente, mediante ordem judicial. Nota-se que o tema permanecerá ensejando debate doutrinário. A referida proposição legislativa apresenta, ainda, a ideia de patrimônio essencial e personalíssimo, tais como privacidade, intimidade, imagem, nome, honra, dados pessoais, que terão a tutela jurídica indicada aos direitos da personalidade, portanto.

Na tônica do PL 4/2025, com a proposta de alteração do Código Civil Brasileiro, há construção doutrinária apontando para a categorização do patrimônio digital sob três espécies: essencial e personalíssimo; patrimonial e híbrido, em compasso com a premissa desse estudo. A espécie essencial e personalíssimo indicaria conteúdo com valor puramente pessoal, como as mensagens privadas, que têm tutela de direito da personalidade e intimidade dos interlocutores (falecido e terceiro). Por sua vez, a espécie patrimonial seria aquela que contém diretamente valor agregado, como as criptomoedas e milhas aéreas, p.ex., e que constituem massa hereditária e com partilha cabível. A espécie híbrida contempla as duas anteriores, sendo ao mesmo tempo de caráter privado, mas com conteúdo econômico, como as contas de redes sociais que têm exploração comercial (ou monetizadas no jargão do setor) e para as quais – em relação ao conteúdo econômico – igualmente comportam direitos hereditários e partilha.

Apesar de o Projeto de Lei nº 4/2025 trazer à baila o tema, não encerra a discussão e não resolve, de todo, o tema. A discussão é fundamental e a normativa tende a suscitar a incidência de todas as suas fontes, em especial a jurisprudência, fixando entendimentos através do enfrentamento casuístico; e a doutrina, fomentando a reflexão e a construção argumentativa da questão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crescente relevância das redes sociais na vida contemporânea, este estudo buscou analisar a (in)transmissibilidade hereditária do patrimônio digital, nomeadamente dos perfis pessoais digitais, e a intersecção entre os direitos sucessórios e os direitos da personalidade. Concluiu-se que, embora as redes sociais possam conter aspectos patrimoniais – especialmente quando monetizadas –, a sua essência está amplamente ligada a direitos personalíssimos, como privacidade, intimidade e liberdade de expressão.

Apesar de iniciativa de inovação normativa com o PL nº 4/2025, que propõe atualização do Código Civil Brasileiro, ainda há ausência de legislação específica no Brasil sobre a sucessão de bens digitais, o que reforça a necessidade de um olhar cuidadoso sobre a matéria, conciliando os princípios do direito sucessório com a proteção da dignidade do falecido e de terceiros envolvidos. O direito de herança, constitucionalmente garantido, deve ser ponderado à luz da autonomia da vontade do titular em vida e das diretrizes estabelecidas pelas próprias plataformas digitais, desde que respeitem a tutela geral aplicável aos direitos da personalidade vigentes.

Além disso, a crescente digitalização das relações sociais e patrimoniais exige um aprimoramento normativo que forneça segurança jurídica tanto para herdeiros quanto para titulares de perfis em redes sociais. Projetos legislativos como o PL 4/2025 indicam uma evolução no reconhecimento do patrimônio digital e de sua categorização, mas ainda carecem de maior sistematização e implementação legislativa que, notadamente, será enriquecida pelo debate jurídico e pelas ponderações doutrinárias e jurisprudencial, enquanto fontes do Direito.

Portanto, o debate acerca da sucessão digital deve seguir um caminho equilibrado, que respeite os direitos da personalidade, mas que também viabilize, quando aplicável, a sucessão de elementos patrimoniais dos perfis digitais. Enquanto não há uma regulamentação específica, o papel do

Poder Judiciário será fundamental para interpretar e aplicar os princípios já existentes, sempre com base na proteção dos direitos fundamentais e na busca pela harmonização entre as esferas patrimonial e existencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Maíra Feltrin e CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Impactos jurídicos da inteligência artificial na herança digital: análise sob o aspecto dos direitos sucessórios, direitos humanos, direitos da personalidade do falecido e fontes normativas incidentes no Direito Brasileiro e no Direito Português. In: VEIGA, Fábio da Silva; XAVIER, João Proença; LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães (Coords.). *Direitos Humanos: Aspectos interdisciplinares e travessias globais*. Porto/Coimbra: Instituto Iberojur e Coimbra Business School, 2024.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 221, p. 159-188, jul./set. 2000. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588/45167. Acesso em: 18 de novembro 2024.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2024.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 de novembro de 2024.

BRASIL. Portaria GM nº 4.617, de 6 de abril de 2021. *Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos*. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*- 313212172. Acesso em: 18 de novembro 2024.

BRASIL. Proposta Legislativa nº 4, de 31 de janeiro de 2025. *Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889356&ts=1738946304297&disposition=inline. Acesso em: 10.02.2025.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: impactos das novas tecnologias.

In: *O direito na Sociedade da Informação* V. LISBOA, Roberto Senise (coord). Almedina. São Paulo. 2020.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley e ALVES, Maíra Feltrin. A proteção do direito à personalidade e os impactos causados pela inteligência artificial generativa: estudo comparado normativo entre Brasil e Portugal. *In Temas Relevantes de Direito Privado*. Ceará, 2023.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley e NOGUEIRA, Luíza Souto. Herança digital: uma análise sobre a transmissão de bens digitais e extrapatrimoniais do falecido no Direito Brasileiro. In*:* ROCHA, Renata da; CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; GURGEL, Fernanda; KIBRIT, Orly. *Estudos Contemporâneos de Direito Civil*. São Paulo: MV, 2025.

CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lobo. *Sucessão: do falecido para os herdeiros*. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1801/Sucess%C3%A3o%3A+do+falecido+para+os+herdeiros. Acesso em 10 de janeiro de 2025.

CORDEIRO, António Menezes. *Os Direitos da Personalidade na Civilística Portuguesa*. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, v. 61, n. 3, p. 1229-56, 2001. Disponível em: https://portal.oa.pt/upl/%7Be1ee299b-5174-4e50-9b0b-c8d97c0c6d3b%7D.pdf. Acesso em: 18 de novembro 2024.

SANCHES, Patricia Corrêa. Pai tem direito de acessar arquivos "de valor sentimental" deixados pelo filho, morto no ano passado. Disponível em https://ibdfam.org.br/noticias/9267/Pai+tem+direito+de+acessar+arquivos+%22de+valor+sentimental%22+deixados+pelo+filho%2C+morto+no+ano+passado. Acesso em 30 de abril de 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. CIDH, 1969*. Disponível em: , https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em: 18 de novembro de 2024.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; MENDES, Laura Schertel; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; ANDRADE, Norberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. In: Pensar - *Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, vol. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Simone; OLIVEIRA, Rômulo de Morais. A natureza jurídica dos bens digitais no direito brasileiro. In: Revista Ibero- Americana de Humanidades, Ciências e Educação- REASE. São Paulo, V. 9, n. 09, setembro 2023.

JASANOFF, Sheila. *The Ethics of Invention: Technology and the Human Future*. New York: W. W. Norton & Company, 2016.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil* Vol. 1. 6ª ed. Saraiva. São Paulo. 201**3**.

NEKIT, Kateryne. *Legal nature and types of digital assets in the activities of technology-oriented startups*. In: Juridical Tribune, Volume 13, Issue 2, 2023. Disponível em https://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An13v2/8.%20Kateryna%20Nekit.pdf

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL Editora, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed., Saraiva. São Paulo. 2003.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., Saraiva. São Paulo. 2002.

SILVA, Luzia Gomes da. **A evolução dos direitos humanos**. Egov, 2013. Disponível Em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/evolu%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-humanos. Acesso em: 18 de novembro 2024.

VEIGA, Fábio da Silva; XAVIER, João Proença; LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães (Coords.) Direitos Humanos: Aspectos Interdisciplinares e Travessias Globais, PortoCoimbra: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Coimbra Business School, 2024, 574 págs. ISBN: 978-989-35571-2-9

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

O PAPEL DAS MEDIDAS PREVENTIVAS CONTRA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA NA CONCRETIZAÇÃO DO ODS 16 DA AGENDA 2030 DA ONU

The role of preventive measures against predatory litigation in achieving SDG 16 of the un 2030 agenda

Andrezza Letícia Oliveira Tundis Ramos [1]
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Luana Caroline Nascimento Damasceno [2]
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

Cláudia de Moraes Pereira Martins[3]
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

DOI: https://doi.org//10.62140/ARLDCM749842426

Sumário: 1. Introdução; 2. Litigância Predatória e Suas Implicações no Acesso à Justiça i; 3. Eficácia das Recomendações do CNJ na Prevenção da Litigância Predatória; 4. A Relação entre Litigância Predatória e os Princípios do ODS 16 da Agenda 2030 da ONU; 5. Conclusão.

Resumo: O litígio predatório, caracterizado pelo uso abusivo do sistema judiciário, representa um obstáculo significativo à implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) da Agenda 2030 da ONU. Há uma lacuna na literatura relacionada à eficácia de medidas preventivas, como as propostas pela Recomendação nº 127 do Conselho Nacional de Justiça, para mitigar os efeitos desse fenômeno. O problema de

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Ambiental (PPGDA) pela Universidade do Estado do Amazonas. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. Email: andrezzatundis@hotmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3113091738233741. Orcid: https://orcid.org/0009-0003-0680-0578.

[2] Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Ambiental (PPGDA) pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogada. Email: lcndamasceno@gmail.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1392385777508283. Orcid: https://orcid.org/0009-0006-9994-538X.

[3] Doutora pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Juíza de Paz pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Email: cmartins@uea.edu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3608512421295059, Orcid : https://orcid.org/0000-0001-9287-9865.

pesquisa que este artigo aborda é: como essas medidas podem atenuar a litigância predatória e contribuir para a implementação do ODS 16? O objetivo geral foi investigar como empregar medidas preventivas para mitigar os efeitos da litigância predatória, promovendo a paz e a justiça no sistema judicial brasileiro. Para isso, foram especificados três objetivos específicos: analisar as características da litigância predatória e suas implicações; avaliar a eficácia das recomendações do CNJ; e explorar a relação entre litigância e os princípios do ODS 16. A metodologia adotada foi de abordagem qualitativa, utilizando análise dedutiva e revisão bibliográfica para examinar as implicações do fenômeno. Documentos fundamentais, como a Recomendação nº 127 do CNJ, foram analisados para entender a eficácia das medidas preventivas sugeridas. Os principais resultados indicaram que a litigância predatória prejudica o sistema jurídico e afeta a confiança do público, especialmente de comunidades marginalizadas, ampliando as barreiras no acesso à justiça. As recomendações do CNJ, particularmente sobre a promoção da transparência e a adoção de filtros processuais, emergiram como soluções essenciais. Conclui-se que a litigância predatória representa um desafio à implementação do ODS 16. Entretanto, a adoção efetiva das medidas recomendadas pelo CNJ e o fortalecimento das instituições legais podem mitigar esses efeitos, assegurando um sistema de justiça mais eficaz e alinhado aos princípios de desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Litigância predatória; Agenda 2030; instituições eficazes; acesso à justiça; abuso de direito.

Abstract: Predatory litigation, characterized by the abusive use of the judicial system, represents a significant obstacle to the implementation of Sustainable Development Goal 16 (SDG 16) of the UN 2030 Agenda. There is a gap in the literature related to the effectiveness of preventive measures, such as those proposed by Recommendation No. 127 of the National Council of Justice, to mitigate the effects of this phenomenon. The research problem that this article addresses is: how can these measures mitigate predatory litigation and contribute to the implementation of SDG 16? The general objective was to investigate how to employ preventive measures to mitigate the effects of predatory litigation, promoting peace and justice in the Brazilian judicial system. To this end, three specific objectives were specified: to analyze the characteristics of predatory litigation and its implications; to evaluate the effectiveness of the CNJ recommendations; and to explore the relationship between litigation and the principles of SDG 16. The methodology adopted was a qualitative approach, using deductive analysis and a literature review to examine the implications of the phenomenon. Key documents, such as Recommendation No. 127 of the CNJ, were analyzed to understand the effectiveness of the suggested preventive measures. The main results indicated that predatory litigation harms the legal system and affects public trust, especially in marginalized communities, increasing barriers to access to justice. The CNJ recommendations, particularly on promoting transparency and adopting procedural filters, emerged as essential solutions. It is concluded that

predatory litigation represents a challenge to the implementation of SDG 16. However, the effective adoption of the measures recommended by the CNJ and the strengthening of legal institutions can mitigate these effects, ensuring a more effective justice system aligned with the principles of sustainable development.

Keywords: Predatory litigation; Agenda 2030; effective institutions; access to justice; abuse of rights.

1. INTRODUÇÃO

O litígio predatório é um fenômeno caracterizado pelo uso abusivo do sistema judiciário com o intuito de causar danos, tanto financeiros quanto à reputação de pessoas ou entidades. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2024 do Conselho Nacional de Justiça, o ano de 2023 encerrou com 83,8 milhões de processos em tramitação nos 91 tribunais brasileiros[4]. Diante de tais números, o comportamento predatório representa desafios significativos à implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) da Agenda 2030 da ONU, que enfatiza a necessidade de promover sociedades pacíficas e inclusivas, garantir o acesso à justiça e estabelecer instituições eficazes, responsáveis e inclusivas.

Apesar de a litigância predatória ter sido discutida em diversas abordagens, observa-se uma lacuna na literatura que trate especificamente da eficácia de medidas preventivas, como as propostas pela Recomendação nº 127 do Conselho Nacional de Justiça, na mitigação dos efeitos desse fenômeno sobre a implementação do ODS 16. A maioria das pesquisas existentes concentra-se em descrever o problema e os impactos negativos associados à litigância predatória, negligenciando o aprofundamento nas soluções práticas e nas políticas que poderiam ser implementadas para contornar tais desafios.

À luz de tais considerações, surge o problema de pesquisa: como as medidas preventivas, à exemplo das sugeridas pela Recomendação nº 127 do

[4] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Brasília.2024.

Conselho Nacional de Justiça, podem mitigar os efeitos da litigância predatória sobre a implementação do ODS 16 na Agenda 2030 da ONU? Essa questão orienta a investigação, revelando a intersecção entre o fenômeno da litigância predatória e as diretrizes do ODS 16.

O objetivo geral da pesquisa é investigar como empregar medidas preventivas para diminuir os efeitos da litigância predatória na implementação do ODS 16, promovendo a paz e a justiça no sistema judicial brasileiro. Para tanto, são delineados os seguintes objetivos específicos, que serão abordados como tópicos deste artigo: (1) analisar as principais características da litigância predatória e suas implicações no acesso à justiça; (2) avaliar a eficácia das recomendações do CNJ na prevenção da litigância predatória; e (3) explorar as bases teóricas que fundamentam a relação entre litigância predatória e os princípios do ODS 16.

Para alcançar o escopo será utilizada a metodologia dedutiva, partindo de uma análise conceitual e teórica do tema para um exame mais específico dos seus impactos. A pesquisa terá caráter qualitativo e será desenvolvida por meio de revisão bibliográfica, incluindo artigos científicos e livros, além da análise documental da legislação nacional e internacional pertinente. Entre os documentos analisados, destaca-se a Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que orienta os tribunais a adotarem cautelas para coibir a judicialização predatória, especialmente em casos que possam restringir a liberdade de expressão.

2. LITIGÂNCIA PREDATÓRIA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ACESSO À JUSTIÇA

A partir do final do século XIX, transcorreu um período de profunda transformação social, caracterizado pela quantificação e qualificação das relações jurídico-sociais, resultando na formação de uma sociedade de massa. Essa massificação trouxe a emergência de múltiplos interesses que foram

incorporados nas constituições e legislações como direitos a serem pluralmente tutelados. Afinal, o Direito precisa tutelar os fatos sociais.

Dessa maneira, desde o pós-Segunda Guerra Mundial, o direito à ação, à jurisdição ou ao acesso à justiça, passou a ser reconhecido como uma das principais garantias das constituições contemporâneas. Observa-se uma evolução na percepção do acesso à justiça como um direito fundamental e um elemento essencial para garantir a equidade e a proteção dos interesses sociais em uma sociedade cada vez mais complexa.

As origens da litigância predatória remontam à prática americana de *sham litigation*, surgida em um contexto histórico que reflete as dinâmicas de poder e desigualdade na sociedade dos Estados Unidos no final do século XIX. Nesse período, o país passou por uma intensa transformação econômica, com uma estrutura rural sendo substituída por uma economia industrial, caracterizada pela concentração de riquezas em um pequeno grupo de milionários. A desigualdade social e o surgimento de grandes corporações que buscavam controlar o mercado por práticas monopolistas criaram um ambiente propício para o uso abusivo do sistema judiciário. A litigância predatória tornou-se uma ferramenta utilizada por essas entidades para prejudicar concorrentes e obstruir a justiça[5].

A urbanização e o desenvolvimento de infraestruturas, como ferrovias e telégrafos, foram pontos centrais no surgimento da litigância predatória americana. Essas inovações facilitaram a comunicação e movimentação de mercadorias, impulsionaram o crescimento econômico e intensificaram a concorrência empresarial. Contudo, essa dinâmica permitiu que grandes empresários manipulassem o sistema jurídico, fortalecendo corporações e marginalizando pequenos negócios. Isso contribuiu para práticas litigiosas abusivas e predatórias. A necessidade de medidas regulatórias tornou-se evidente, levando à promulgação de legislações como

[5] JANUÁRIO, Gustavo Roberto. A exigência de políticas públicas para a contenção da litigância predatória. Revista FT. v. 29, n. 140, p. 04–05, 2024. Disponível em https://revistaft.com.br/a-exigencia-de-politicas-publicas-para-a-contencao-da-litigancia-predatoria/. Acesso em 25. Mar 2025.

o *Sherman Antitrust Act* e o *Clayton Act*, visando proteger a concorrência e coibir o uso indevido do sistema judiciário[6].

Com o passar dos anos e a evolução da sociedade, buscou-se cada vez mais assegurar o direito de ação, nesse sentido as ondas renovatórias propostas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth[7] visavam facilitar o direito de ação e ampliar o acesso à justiça. No contexto jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consagra o direito à ação como um direito fundamental (art. 5º, XXXV). Dessa maneira, a litigância predatória revela-se como um fenômeno que resulta da multiplicação de interesses jurídico-processuais em um cenário praticamente irrestrito de acesso à justiça[8].

No entanto, a disposição do artigo 5, XXXV, da CF/88 não deve ser interpretada apenas como permissão para o exercício do direito de prosseguir com a ação judicial, mas como obrigação autoritária para a administração efetiva, eficiente e rápida da justiça. Essa interpretação alinha-se às garantias constitucionais, que exigem acesso qualificado aos mecanismos judiciais ou à justiça substantiva. O direito de realizar ações processuais, dentro da estrutura de acesso e gestão da justiça, abrange a má conduta intraprocessual e o uso indevido da jurisdição. A exploração litigiosa, definida como aplicação imprópria do direito à jurisdição que prejudica a integridade do sistema judicial, deve ser reconhecida como essencial para garantir o acesso constitucionalmente exigido à justiça[9].

Quando se discute litigância predatória, considera-se o fenômeno do abuso do direito de ação e suas repercussões no processo, embora isso possa interagir em algum grau com circunstâncias extraprocessuais[10]. Além disso, trata-se de um conceito que ainda está em construção, mas possui um impacto

---

[6] Idem, ibidem.

[7] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça, Sérgio Antonio Fabris Editor,1ª Edição.Porto Alegre, 1988.

8 CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; PINTO, Lucas José Bezerra. Litigância predatória: Entre o acesso à justiça e os abusos sistemáticos do direito ao processo. Cadernos de Dereito Actual, [S. l.], n. 25, p. 53, 2024.Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/index.php/cadernos/article/view/1181. Acesso em: 25 mar. 2025.

[9] Idem, ibidem.

[10] Idem, ibidem, p.56.

significativo na sociedade, pois envolve a concretização do acesso à justiça para aqueles que realmente necessitam[11]. Por isso, é importante que o Poder Legislativo observe a questão, buscando uma conceituação da litigância predatória e promovendo seu combate de maneira sistêmica, racional e com maior segurança jurídica.

Nesse aspecto, é necessário fazer uma distinção entre litigância predatória, repetitiva e de massa, já que "toda litigância predatória é de massa o que não significa, absolutamente, que toda demanda de massa seja predatória"[12]. A esse respeito, a Nota Técnica nº 44/2024, elaborada conjuntamente por tribunais estaduais e federais, com o objetivo de fornecer ao Superior Tribunal de Justiça subsídios para o julgamento do Tema Repetitivo 1.198, apresenta as seguintes diferenciações:

> A análise do conteúdo das Notas Técnicas e da atuação em geral do Poder Judiciário em relação à litigância predatória, particularmente no que se refere à compreensão do fenômeno e à sua delimitação, evidencia que:
> a) Litigância predatória não se confunde com litigância de massa, muito menos com litigância repetitiva;
> b) Embora as práticas predatórias muitas vezes assumam dimensão massiva, não se trata de requisito essencial à configuração de litigância predatória, isto é, a litigância predatória pode se configurar em um ou alguns processos isolados;
> c) A expressão "litigância predatória" pode ser utilizada em sentido
> amplo, a abranger as diversas manifestações de abuso de direito de ação que atinjam o próprio sistema de justiça e sua integridade, e não apenas as partes da relação processual (este o uso da expressão que tem sido mais consagrado pela prática, inclusive em outros países de tradição romano-germânica e nos da Common Law), e é

[11] MOREIRA, Daniela Meneses Góis. Litigância Predatória (Sham Litigation):Breve análise, enfrentamento institucional na Justiça Federal, panorama na Justiça Federal em Alagoas (Jfal). Revista da Seção Judiciária de Alagoas. V. 1, n. 10, p. 3. 2025. Disponível em https://revista.jfal.jus.br/RJSJAL/article/view/47/38. Acesso em 26. Mar 2025.

[12] Idem, ibidem.

> por vezes empregada em sentido restrito, a expressar práticas predatórias consistentes em litigância artificialmente criada, que se somam às práticas fraudulentas, à litigância frívola e às condutas processuais manifestamente procrastinatórias para compor o conjunto das condutas abusivas do direito de ação que demandam enfrentamento mais firme e constante pelo Poder Judiciário[13].

Da mesma forma, é imperativo delinear a diferença entre o litígio predatório e o litígio de má-fé. O abuso processual constitui uma categoria que inclui ações processuais ilegais, como litígios de má-fé e litígios predatórios, mas possui atributos únicos. O conceito de litígio de má-fé está explicitamente articulado no Código de Processo Civil (artigos 79 a 81 do CPC) e exige uma interpretação subjetiva da boa-fé (intenção). Em contraste, o litígio predatório carece de uma definição formal no Código de Processo Civil e é caracterizado por um padrão objetivo de boa-fé que se aplica independentemente das intenções das partes envolvidas[14].

O litígio predatório no contexto brasileiro representa uma manifestação do uso indevido do direito de iniciar uma ação legal, corrompendo a integridade do arcabouço legal e comprometendo o acesso equitativo à justiça. Esse fenômeno é caracterizado pela judicialização de casos que poderiam ser resolvidos de forma eficiente por meios administrativos, impulsionados por ações coletivas ou petições pró-forma. A pressão resultante sobre o Judiciário serve para estender desnecessariamente os procedimentos legais, afetando adversamente as partes envolvidas e aqueles que realmente necessitam de uma intervenção judicial efetiva[15].

---

[13] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Nota Técnica n. 44/2024. Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nota-tecnica-n-44-2024. Acesso em 25. Mar.2025.

[14] MOREIRA, Daniela Meneses Góis. Litigância Predatória (Sham Litigation):Breve análise, enfrentamento institucional na Justiça Federal, panorama na Justiça Federal em Alagoas (Jfal). Revista da Seção Judiciária de Alagoas. V. 1, n. 10, p. 3. 2025. Disponível em https://revista.jfal.jus.br/RJSJAL/article/view/47/38. Acesso em 26. Mar 2025.

[15] JANUÁRIO, Gustavo Roberto. A exigência de políticas públicas para a contenção da litigância predatória. Revista FT. v. 29, n. 140, p. 04–05, 2024. Disponível em https://revistaft.com.br/a-

A esse respeito, Bunn e Zanon Júnior conceituam o uso predatório da jurisdição da seguinte maneira:

> Mais precisamente, o presente texto conceituou o uso predatório da jurisdição como o abuso do direito de acesso à jurisdição ou de defesa, mediante excesso de acionamentos da jurisdição, diretamente ou imposto à parte adversa, qualificado pela insistência em desrespeitar administrativamente prerrogativas jurídicas já reconhecidas ou, alternativamente, pela reiteração de argumentos repelidos pela jurisprudência predominante, geralmente praticada por grande corporação[16].

Os impactos da litigância predatória vão além dos efeitos diretos sobre as vítimas, causando danos significativos nas relações comerciais e sociais. Por essa razão, é necessária a implementação de mecanismos que coíbam tais práticas, como a educação dos operadores do direito e a adoção de filtros processuais. Além disso, a promoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, surge como uma solução viável para mitigar os efeitos nocivos da litigância predatória[17].

Ante o exposto, a litigância predatória no Brasil emerge como uma manifestação preocupante do abuso do direito de ação, comprometendo não apenas o sistema jurídico, mas também o acesso à justiça e a confiança dos cidadãos na efetividade judicial. Tal fenômeno resulta em sobrecarga do Judiciário e prejudica aqueles que realmente necessitam de tutela judicial

exigencia-de-politicas-publicas-para-a-contencao-da-litigancia-predatoria/. Acesso em 25. Mar 2025.

[16] BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição / Preliminary notes about the predatory use of the judiciary. Revista Direito e Liberdade, v. 18, n. 1, p. 247–263, 2016. Disponível em https://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1020/686. Acesso em 25. Mar.2025.

[17] JANUÁRIO, Gustavo Roberto. A exigência de políticas públicas para a contenção da litigância predatória. Revista FT. v. 29, n. 140, p. 04–05, 2024. Disponível em https://revistaft.com.br/a-exigencia-de-politicas-publicas-para-a-contencao-da-litigancia-predatoria/. Acesso em 25. Mar 2025.

eficaz. Os impactos vão além das vítimas diretas, afetando negativamente as relações comerciais e sociais.

Diante da gravidade da situação, é fundamental a implementação de mecanismos regulatórios e a promoção de métodos alternativos de resolução de conflitos. A educação dos operadores do direito e a adoção de filtros processuais são essenciais para mitigar esses efeitos nocivos, contribuindo para um sistema judiciário mais transparente, eficiente e acessível.

3. EFICÁCIA DAS RECOMENDAÇÕES DO CNJ NA PREVENÇÃO DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista necessidade de coibir a judicialização predatória, editou a Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022[18]. O ato recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Além disso, embora não ofereça um conceito de litigância predatória, apresenta elementos norteadores, como o ajuizamento massivo, pedido e causa de pedir semelhantes e o intuito de inibir a liberdade de expressão (art. 2º).

Recomenda, ainda, que os tribunais adotem, quanto ao tema, medidas destinadas, exemplificativamente, a agilizar a análise da ocorrência de prevenção processual, da necessidade de agrupamento de ações, bem como da eventual má-fe dos demandantes, a fim de que o demandado, autor da manifestação, possa efetivamente defender-se judicialmente (art.3º).

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n. 159, de 23 de outubro de 2024, a qual recomenda medidas para identificação, tratamento e prevenção da litigância abusiva. A nova

[18] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 127 de 15 de fevereiro de 2022. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Brasília. . Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original175912202202176 20e8cf0e759c.pdf. Acesso em 27.mar.2025.

diretriz apresentou parâmetros mais específicos para a identificação dessas causas:

> Art. 1º Recomendar aos(às) juízes(as) e tribunais que adotem medidas para identificar, tratar e sobretudo prevenir a litigância abusiva, entendida como o desvio ou manifesto excesso dos limites impostos pela finalidade social, jurídica, política e/ou econômica do direito de acesso ao Poder Judiciário, inclusive no polo passivo, comprometendo a capacidade de prestação jurisdicional e o acesso à Justiça.
> Parágrafo único. Para a caracterização do gênero "litigância abusiva", devem ser consideradas como espécies as condutas ou demandas sem lastro, temerárias, artificiais, procrastinatórias, frívolas, fraudulentas, desnecessariamente fracionadas, configuradoras de assédio processual ou violadoras do dever de mitigação de prejuízos, entre outras, as quais, conforme sua extensão e impactos, podem constituir litigância predatória[19].

A recente Recomendação trata a questão de forma mais ampla, mencionando expressamente o "gênero litigância abusiva". Essa abordagem visa reduzir a incidência de ações judiciais abusivas, promovendo uma cultura de responsabilidade legal[20]. Some-se a isso o fortalecimento das instituições judiciais para melhorar a eficiência e a transparência dos processos legais. Isso inclui a adoção de ferramentas digitais, como o Processo Judicial Eletrônico (PJe), para agilizar o gerenciamento de casos e reduzir os atrasos[21].

Uma outra medida relevante seria a resolução alternativa de disputas, ou seja, incentivar o uso de métodos alternativos de resolução de disputas,

---

[19] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 159, de 23 de outubro de 2024 do CNJ. Recomenda medidas para identificação, tratamento e prevenção da litigância abusiva. Brasília.

[20] JANUÁRIO, Gustavo Roberto. A exigência de políticas públicas para a contenção da litigância predatória. Revista FT. v. 29, n. 140, p. 04–05, 2024. Disponível em https://revistaft.com.br/a-exigencia-de-politicas-publicas-para-a-contencao-da-litigancia-predatoria/. Acesso em 25. Mar 2025.

[21] MACÊDO, Lilian Barros de; PILA, Adriano Donizete. Transformação Digital no Tribunal de Justiça e o Alcance do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 da Agenda 2030. Revista JRG de Estudos Acadêmicos, v. 7, n. 15, p. e151747, 2024. Disponível em: https://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1747. Acesso em: 26 mar. 2025.

como mediação e conciliação, para resolver conflitos sem recorrer a litígios. Essa abordagem reduz a carga sobre o judiciário e promove o acesso à justiça[22] [23].

Por fim, uma grande ação prática, adotada por meio da Resolução CNJ nº 349/2020[24], para coibir tais demandas foi a criação do Centro de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJ) e a rede de Centros de Inteligência do Poder Judiciário, que, por meio de notas técnicas e informes, apontam indícios relevantes da disseminação do fenômeno da litigância abusiva, produzindo alertas e propondo medidas de tratamento.

Os Centros de Inteligência Judiciária assumem uma função essencial na diminuição de litígios predatórios, empregando metodologias inovadoras que transcendem meras respostas a práticas processuais impróprias. Ao identificar padrões de demanda recorrentes e conduzir análises completas de documentos, essas entidades utilizam tecnologias de análise de dados para supervisionar processos judiciais, facilitando intervenções preventivas e focadas. Essa estrutura permite não apenas a identificação de práticas abusivas, mas também a prevenção proativa de suas consequências prejudiciais, aumentando assim a eficiência do sistema judicial e promovendo maior acessibilidade à justiça[25].

---

[22] AZEVEDO DO NASCIMENTO, Artur Gustavo; NERY DA SILVA, Rogerio Luiz; FERREIRA PINHEIRO, Rodolfo. Agenda 2030 – ODS 16: Serviços extrajudiciais e Políticas Públicas de Desjudicialização. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, Florianopolis, Brasil, v. 7, n. 2, p. 1–18, 2022. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-026X/2021.v7i2.8118. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/8118.
Acesso em: 27 mar. 2025.

[23] JANUÁRIO, Gustavo Roberto. A exigência de políticas públicas para a contenção da litigância predatória. Revista FT. v. 29, n. 140, p. 04–05, 2024. Disponível em https://revistaft.com.br/a-exigencia-de-politicas-publicas-para-a-contencao-da-litigancia-predatoria/. Acesso em 25. Mar 2025.

[24] BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição / preliminary notes about the predatory use of the judiciary. Revista Direito e Liberdade, v. 18, n. 1, p. 247–263, 2016. Disponível em https://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1020/686. Acesso em 25. Mar.2025.

[25] PONTES, Vera Lúcia. O Papel dos Centros de Inteligência do Poder Judiciário no Combate ao Fenômeno da Litigância Predatória. Revista JRG de Estudos Acadêmicos , Brasil, São Paulo, v. 8, n. 18, p. 15-16. e181834, 2025. Disponível em: http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1834 . Acesso em: 26 mar. 2025.

Além disso, o estabelecimento dos Centros de Inteligência significa uma dedicação sistêmica à reforma do modelo convencional de provisão jurisdicional. A facilitação do networking e a disseminação de informações entre diversas entidades judiciais exemplificam o paradigma cooperativo que tipifica esses centros. Ao promover a resolução amigável de disputas e defender políticas de mediação, essas unidades aprimoram um sistema judicial menos oneroso e mais eficiente, representando uma mudança de paradigma que visa modernizar o judiciário brasileiro e garantir um acesso mais equitativo à justiça para todos os cidadãos.[26].

Diante desses desafios, é essencial fortalecer as instituições jurídicas e adotar mecanismos que impeçam o uso abusivo do sistema judicial. Nesse trilhar, medidas como promover transparência, incentivar governança participativa e aplicar sanções rigorosas contra litígios de má-fé podem reduzir os impactos da litigância predatória. Além disso, iniciativas como a Recomendação nº 127 do CNJ demonstram a importância de regulamentações para inibir práticas que comprometem a justiça e a efetividade das políticas públicas.

A análise da Resolução CNJ n. 349/2020[27] demonstra que os Centros de Inteligência são uma resposta institucional inovadora aos desafios contemporâneos da litigiosidade, representando um espaço organizacional concebido por magistrados e servidores da justiça para implementar abordagens disruptivas no fluxo de trabalho judicial. As motivações subjacentes à sua criação fundamentam-se na convicção de que soluções coletivas e inovadoras são essenciais para enfrentar os complexos problemas relacionados à litigiosidade contemporânea.

[26] Idem, Ibidem.
[27] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 349, de 23 de outubro de 2020. Dispõe sobre a criação do Centro de Inteligência do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original233101202410236719873 5c5fef.pdf. Acesso em 27. Mar. 2025.

4. A RELAÇÃO ENTRE A LITIGÂNCIA PREDATÓRIA E OS PRINCÍPIOS DOS ODS 16 DA AGENDA 20230 DA ONU

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) configuram-se em uma chamada global à ação para erradicar a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade. [28] Os 17 Objetivos foram adotados por todos os Estados Membros da ONU em 2015, como parte da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, que estabeleceu um plano de 15 anos para o alcance de tais Objetivos[29].

O ODS 16, que versa sobre a "Paz, Justiça e Instituições Eficazes", tem como principal meta promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Dentre suas metas, destacam-se: "**16.6** Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis e **16.7** Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis"[30].

A eficácia prevista do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 e do direito fundamental ao acesso à justiça, conforme articulado, permanece inadequadamente realizada. Atualmente, não há evidências que sugiram que o modelo convencional de resolução de conflitos do Estado ofereça proteção adequada dos direitos. Essa inadequação pode ser atribuída a fatores como a judicialização excessiva dos conflitos sociais, que exacerba o congestionamento das ações judiciais e resulta em atrasos prolongados na

---

[28] ROSA, Autilio Serveli; NASCIMENTO, José Orcélio do; PEREIRA, Raquel da Silva; REIS, Anderson Gedeon Buzar; SANTOS, Simona Adriana Banacu dos; TREFIGLIO, Ricardo Pereira. A Defensoria Pública da União e o desafio do cumprimento do ODS 16: promover o estado de direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos. Revista Políticas Públicas & Cidades, *[S. l.]*, v. 13, n. 2, p. e 715 , 2024. DOI: 10.23900/2359-1552v13n2-76-2024. Disponível em: https://journalppc.com/RPPC/article/view/715. Acesso em: 27 mar. 2025.

[29] ONU. Organização das Nações Unidas. A Agenda 2030 da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 26.mar.2025.

[30] Idem, ibidem.

adjudicação[31]. Por sua vez, o litígio predatório serve como mais um impedimento para a realização da justiça.

Nesse contexto, o litígio predatório denota o emprego calculado de mecanismos legais para assediar, intimidar ou esgotar financeiramente indivíduos ou entidades. Tais práticas comprometem a integridade do sistema judicial e estabelecem obstáculos ao acesso equitativo à justiça, particularmente para populações marginalizadas. Consequentemente, as ramificações do litígio predatório sobre o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 abrangem a deterioração da confiança nas instituições, atrasos nos processos judiciais e a carga desproporcional imposta à população vulnerável[32].

Dessa maneira, tais ações têm um impacto profundo na confiança pública no Judiciário, corroendo a legitimidade das instituições essenciais para o desenvolvimento sustentável. Esses litígios não apenas minam a credibilidade do sistema, mas também geram efeitos metaprocessuais, como a apresentação de múltiplos recursos e o uso de táticas dilatórias, que retardam os processos judiciais e comprometem a eficiência do sistema. Essa situação é particularmente preocupante para comunidades marginalizadas e grupos socialmente excluídos, que enfrentam barreiras significativas no acesso à justiça.

Muitas vezes, essas barreiras são exacerbadas pelo conhecimento limitado dos direitos legais e por restrições socioeconômicas, que tornam ainda mais difícil para esses grupos obterem a proteção que necessitam. Portanto, a luta contra a litigância predatória é fundamental para restaurar a

[31] CARGNIN, Milena de Souza; SANTOS, Rafael Padinha dos. Direito ao acesso à justiça: considerações a partir do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável 16. Saber Humano, ISSN2446-6298, v.13, n.22, pp.73-86,jan./jun.2023. Disponível em https://saberhumano.emnuvens.com.br/sh/article/view/616/583. Acesso em 26. Mar.2025.

[32] BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição / preliminary notes about the predatory use of the judiciary. Revista Direito e Liberdade, v. 18, n. 1, p. 247–263, 2016. Disponível em https://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1020/686. Acesso em 25. Mar.2025.

confiança no sistema judiciário e garantir que todos tenham acesso efetivo à justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral deste artigo foi investigar de que maneira medidas preventivas podem mitigar os efeitos da litigância predatória na implementação do ODS 16, promovendo a paz e a justiça no sistema judicial brasileiro. Constatou-se que esse objetivo foi alcançado, uma vez que a análise das implicações da litigância predatória, a eficácia das recomendações do Conselho Nacional de Justiça e a relação entre a litigância e os princípios do ODS 16 apontam para caminhos concretos que podem ser trilhados para enfrentar esse fenômeno.

A primeira parte da pesquisa abordou a litigância predatória e suas consequências no acesso à justiça. Ficou evidente que esse fenômeno representa um abuso do direito de ação, prejudicando não apenas o sistema jurídico, mas também a confiança dos cidadãos na justiça. A judicialização de demandas que poderiam ser resolvidas administrativamente gera sobrecarga no Judiciário e compromete a proteção de quem realmente necessita de tutela eficaz. Portanto, a implementação de mecanismos regulatórios e métodos alternativos de resolução de conflitos é fundamental para restaurar a eficiência do sistema.

Na segunda parte, destacaram-se as recomendações do CNJ, especialmente a Recomendação nº 127, como ferramentas essenciais para prevenir a litigância predatória. As iniciativas analisadas, como os Centros de Inteligência criados pela Resolução CNJ n. 349/2020, demonstram a importância de abordagens coletivas e inovadoras para enfrentar os desafios da litigiosidade contemporânea. A promoção da transparência e a aplicação rigorosa de sanções contra litígios de má-fé são medidas que podem contribuir para reforçar a legitimidade das instituições e melhorar a efetividade das políticas públicas.

A terceira parte da pesquisa explorou a relação entre a litigância predatória e os princípios do ODS 16, evidenciando que esses litígios minam a credibilidade do sistema judicial e impactam desproporcionalmente comunidades marginalizadas. As barreiras enfrentadas por esses grupos no acesso à justiça, muitas vezes agravadas por condições socioeconômicas e pela falta de conhecimento de seus direitos, tornam ainda mais urgente a necessidade de enfrentar a litigância predatória. Sem ações efetivas, a confiança nas instituições e a realização dos objetivos do ODS 16 estarão comprometidas.

Conclui-se, portanto, que a litigância predatória desafia a implementação das políticas voltadas para a paz e a justiça, conforme estabelecido pelo ODS 16 da Agenda 2030 da ONU. Contudo, a implementação das medidas recomendadas pelo CNJ e o fortalecimento das instituições jurídicas podem mitigar esses efeitos, garantindo que o sistema de justiça seja utilizado de maneira legítima e alinhada aos princípios democráticos e de desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO DO NASCIMENTO, Artur Gustavo; NERY DA SILVA, Rogerio Luiz; FERREIRA PINHEIRO, Rodolfo. Agenda 2030 – ODS 16: Serviços extrajudiciais e Políticas Públicas de Desjudicialização. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, Florianopolis, Brasil, v. 7, n. 2, p. 1–18, 2022. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-026X/2021.v7i2.8118. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/8118. Acesso em: 27 mar. 2025.

BUNN, Maximiliano Losso; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição / preliminary notes about the predatory use of the judiciary. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 1, p. 247–263, 2016. Disponível em https://ww2.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/1020/686. Acesso em 25. Mar.2025.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1ª Edição.Porto Alegre, 1988.

CARGNIN, Milena de Souza; SANTOS, Rafael Padinha dos. Direito ao acesso à justiça: considerações a partir do Objetivo do Desenvolvimento

Sustentável 16. **Saber Humano**, ISSN2446-6298, v.13, n.22, pp.73-86,jan./jun.2023. Disponível em https://saberhumano.emnuvens.com.br/sh/article/view/616/583. Acesso em 26. Mar.2025.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; PINTO, Lucas José Bezerra. Litigância predatória: Entre o acesso à justiça e os abusos sistemáticos do direito ao processo. **Cadernos de Dereito Actual**, *[S. l.]*, n. 25, p. 48–74, 2024. Disponível em: https://www.cadernosdedereitoactual.es/index.php/cadernos/article/view/1181. Acesso em: 25 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 127 de 15 de fevereiro de 2022. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Brasília. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original175912202202176 20e8cf0e759c.pdf. Acesso em 27.mar.2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 159, de 23 de outubro de 2024 do CNJ. Recomenda medidas para identificação, tratamento e prevenção da litigância abusiva. Brasília. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original233101202410236719873 5c5fef.pdf. Acesso em 27. Mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. Brasília.2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 349, de 23 de outubro de 2020. Dispõe sobre a criação do Centro de Inteligência do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original131706202010285f996f527203d.pdf. Acesso em 27.mar.2025.

JANUÁRIO, Gustavo Roberto. A exigência de políticas públicas para a contenção da litigância predatória. **Revista FT**. v. 29, n. 140, p. 04–05, 2024. Disponível em https://revistaft.com.br/a-exigencia-de-politicas-publicas-para-a-contencao-da-litigancia-predatoria/. Acesso em 25. Mar 2025.

MACÊDO, Lilian Barros de; PILA, Adriano Donizete. Transformação Digital no Tribunal de Justiça e o Alcance do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 da Agenda 2030. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, v. 7, n. 15, p. e151747, 2024. Brasil, São Paulo. DOI: 10.55892/jrg.v7i15.1747. Disponível em: https://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1747. Acesso em: 26 mar. 2025.

MOREIRA, Daniela Meneses Góis. Litigância Predatória (Sham Litigation):Breve análise, enfrentamento institucional na Justiça Federal, panorama na Justiça Federal em Alagoas (Jfal). **Revista da Seção Judiciária de Alagoas**. V. 1, n. 10, 2025. Disponível em https://revista.jfal.jus.br/RJSJAL/article/view/47/38. Acesso em 26. Mar 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Nota Técnica n. 44/2024. Disponível em https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/nucleo-de-estudo-e-pesquisa/notas-tecnicas/nota-tecnica-n-44-2024. Acesso em 25. Mar.2025.

ONU. Organização das Nações Unidas. A Agenda 2030 da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 26.mar.2025.

PONTES, Vera Lúcia. O Papel dos Centros de Inteligência do Poder Judiciário no Combate ao Fenômeno da Litigância Predatória. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos** , Brasil, São Paulo, v. 8, n. 18, p. e181834, 2025. DOI: 10.55892/jrg.v8i18.1834. Disponível em: http://revistajrg.com/index.php/jrg/article/view/1834 . Acesso em: 26 mar. 2025.

ROSA, Autilio Serveli; NASCIMENTO, José Orcélio do; PEREIRA, Raquel da Silva; REIS, Anderson Gedeon Buzar; SANTOS, Simona Adriana Banacu dos; TREFIGLIO, Ricardo Pereira. A Defensoria Pública da União e o desafio do cumprimento do ODS 16: promover o estado de direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos. **Revista Políticas Públicas & Cidades**, *[S. l.]*, v. 13, n. 2, p. e 715 , 2024. DOI: 10.23900/2359-1552v13n2-76-2024. Disponível em: https://journalppc.com/RPPC/article/view/715. Acesso em: 27 mar. 2025.

A CONVENÇÃO DE BASILEIA E O COMÉRCIO INTERNACIONAL DE RESÍDUOS ELETRÔNICOS: DESAFIOS PARA OS DIREITOS HUMANOS E A SUSTENTABILIDADE

Ângelo António Ferreira

PUC-RS

DOI: https://doi.org//10.62140/AAF779476537

Resumo: O avanço tecnológico trouxe grandes benefícios para a sociedade, mas também gerou desafios significativos, especialmente no que diz respeito à gestão de resíduos eletrônicos, muitos dos quais são considerados tóxicos para a saúde humana e prejudiciais ao meio ambiente. O presente artigo analisa a problemática do envio massivo e muitas vezes ilegal de produtos e resíduos eletrônicos para o continente africano, destacando os impactos socioambientais e as implicações para os direitos humanos. A pesquisa adota uma abordagem bibliográfica e documental, revisando a literatura sobre as Convenções de Basileia e de Bamako, bem como sobre a gestão de resíduos eletrônicos. Justifica-se pela necessidade de refletir sobre o atual modelo de consumo e descarte, que fomenta o hiperconsumo e o descarte inadequado de lixo eletrônico, afetando especialmente consumidores vulneráveis na África. Conclui-se que a aplicação efetiva das Convenções de Basileia e de Bamako pode contribuir significativamente para o controle do tráfico ilícito de resíduos eletrônicos no continente africano, mitigando seus impactos ambientais e sanitários.
Palavras-chave: Controle de Resíduos; Lixo Eletrônico; Sustentabilidade; África Ocidental.

Abstract: The article examines the Basel and Bamako Conventions concerning the control of transboundary movements of hazardous and electronic waste and their impacts on human health and the environment in Angola and Ghana. It aims to clarify the responsibilities of exporting countries and companies involved in the cross-border movement of electronic waste to Africa. The methodology includes bibliographical and documentary research, a review of existing literature on the Basel and Bamako Conventions, and an analysis of electronic waste management and its effects in Angola and Ghana, which are signatory nations to these conventions. The article justifies the current management model, which promotes excessive consumption and improper disposal of electronic waste, negatively impacting the health of vulnerable populations. It concludes that implementing the Basel and Bamako

Conventions more effectively could mitigate the environmental and health impacts of illicit electronic waste trafficking, particularly in Africa.
Keywords: Waste Control; Electronic Waste; Environmental Legislation; Africa.

Introdução

O descarte inadequado de resíduos eletrônicos representa um dos maiores desafios ambientais e de saúde pública no mundo, principalmente nos países em desenvolvimento. Angola e Gana enfrentam uma situação crítica, devido ao aumento do consumo de dispositivos eletrônicos e à importação de resíduos tecnológicos de outras regiões. A prática de queimar esses resíduos, como computadores, celulares e eletrodomésticos, de forma irregular e a céu aberto, acelera a degradação do meio ambiente e impõe sérios riscos à saúde pública.

Nesse contexto, as Convenções de Basileia e de Bamako, tratados internacionais que regulamentam o trânsito de resíduos perigosos entre países, têm um papel fundamental. A Convenção de Basileia, que conta com a participação da maioria das nações, objetiva controlar o movimento transfronteiriço de resíduos perigosos, enquanto a Convenção de Bamako, adotada pelos países africanos, proíbe a importação de resíduos tóxicos no continente, impondo restrições mais severas. Contudo, a implementação dessas convenções enfrenta desafios, como a falta de infraestrutura adequada, a fiscalização insuficiente e as lacunas nas políticas nacionais.

Um estudo investiga os impactos ambientais e na saúde humana causados pelo descarte de resíduos eletrônicos em Angola e Gana, à luz das diretrizes das Convenções de Basileia e de Bamako. Por meio de uma abordagem comparativa, busca-se compreender como esses países lidam com os desafios da gestão de resíduos eletrônicos, com o objetivo de proteger o meio ambiente e a saúde da população.

Este trabalho adota como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, focando na análise das implicações legais e responsabilidades dos

países exportadores e importadores, bem como das empresas envolvidas na movimentação transfronteiriça de lixo eletrônico, sobretudo, para a África. A questão central da pesquisa é: quais são as implicações legais e responsabilidades dos países exportadores e importadores, assim como das empresas envolvidas na movimentação transfronteiriça de lixo eletrônico para a África, em conformidade com a Convenção de Basileia e outras legislações regionais e nacionais aplicáveis? Aborda-se também os malefícios de resíduos de outra natureza, como oriundos do universo da moda, que encontram no continente africano um destino recorrente por parte dos países ditos desenvolvidos.

Santos *et al.* (2017) destacam que os problemas de saúde e ambientais relacionados ao descarte de resíduos eletrônicos são graves, e além dos riscos à saúde, há um significativo passivo ambiental, com a contaminação do solo e da água dos rios na região de Agbogbloshie, considerada uma das áreas mais poluídas do mundo. O lixão de resíduos eletrônicos em Agbogbloshie é uma consequência da construção de uma ponte para encerrar a "divisão digital" entre o Norte e o Sul global, por meio da concessão de acesso a computadores pessoais, Internet e outros equipamentos de alta tecnologia.

Há um alto volume de lixo eletrônico no mundo, e embora parte dele seja reciclada, uma grande quantidade é simplesmente descartada, causando problemas de saúde para as pessoas e seus animais, além de poluir nosso meio ambiente. A quantidade de lixo gerada por indivíduos, comunidades, empresas, instituições, mercados e fábricas continua a crescer de forma alarmante.

Arthur Lourenço dos Santos *et al.* (2017, p. 129-130) salientam, a esse respeito, que:

> Expostos a diversos tipos de riscos e doenças associadas ao lixo eletrônico, os trabalhadores executam as atividades sem quaisquer equipamentos de proteção. O maior risco vem da inalação de substâncias tóxicas da queima de fios de plásticos para obter-se o minério de cobre. Além da fumaça da queima do lixo a céu

> aberto, os trabalhadores estão também sujeitos às nuvens de gases químicos oriundos da queima de plásticos. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), de 20 a 50 milhões de toneladas de lixo são gerados anualmente pelos países chamados de desenvolvidos, com produção e aumento crescente. O alto custo da reciclagem do lixo é o principal motivo do envio do lixo para Gana, pois é muito mais barato enviar para fora do que reciclar em seu próprio país. O lixo oriundo da Europa e dos Estados Unidos representa cerca de 600 containers por mês que são desembarcados no porto de Tema, o maior em Gana.

No entanto, a situação torna-se desafiadora tendo em vista a prática comum de importação de equipamentos eletrônicos obsoletos de países desenvolvidos, que muitas vezes chegam ao continente sob o pretexto de doações ou ajuda humanitária.

Vale ressaltar que, por várias décadas, o continente africano se destacou na reciclagem de lixo eletrônico, muitas vezes conhecido como "cemitério eletrônico". A falta de infraestruturas adequadas para o manejo e reciclagem desses resíduos eletrônicos na maioria dos países africanos exacerba o problema. Muitas vezes, o lixo eletrônico tóxico é tratado de forma inadequada, com técnicas rudimentares como a queima a céu aberto, o que afeta o ar e o solo. As consequências dessas práticas ineficientes atingem as comunidades mais vulneráveis, que frequentemente dependem da coleta e venda de materiais recicláveis para a subsistência.

Somado a isso, como ponto agravante, a África hoje enfrenta desafios adicionais, como a grande dificuldade em razão das mudanças climáticas, com custos desproporcionalmente altos para a adaptação necessária. De acordo com a Organização Meteorológica Mundial (OMM), os países africanos estão perdendo de 2% a 5% do PIB em razão de eventos climáticos extremos, e muitos têm sido obrigados a destinar até 9% de seus orçamentos para responder a esses fenômenos. Na África Subsaariana, o custo anual estimado para adaptação às mudanças climáticas é de US$ 30 a US$ 50

bilhões nos próximos dez anos, o que representa entre 2% e 3% do PIB da região, segundo o relatório *State of the Climate in Africa 2023* (Organização..., 2024).

Este trabalho tem como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental, com a definição do seguinte problema de pesquisa: quais são as implicações legais e responsabilidades dos países exportadores e importadores, bem como das empresas envolvidas na movimentação transfronteiriça do lixo eletrônico para a África em conformidade com a Convenção de Basileia e outras legislações regionais e nacionais aplicáveis? A justificativa para o estudo se dá pela relevância do tema, devido a diversos fatores na ordem do dia, como ambientais, sociais e de saúde pública.

O trabalho está estruturado em cinco partes: a Introdução; seguida do Enquadramento Jurídico do Lixo Eletrônico no Ordenamento Jurídico Angolano; Importação dos Resíduos Eletrônicos para Gana e o seu Impacto para a Saúde Humana e ao Meio Ambiente; Regras da Convenção de Basileia e de Bamako e sua aplicação na África; e, finalmente, a Conclusão.

Enquadramento Jurídico do Lixo Eletrônico no Ordenamento Jurídico Angolano

Lixo eletrônico é o resultado do descarte inapropriado de produtos tecnológicos, como computadores, telemóveis, televisores, refrigeradores etc. Conforme Kristen Grant *et al.* (2013, tradução nossa), resíduos eletrônicos e elétricos (*e-waste*), também referidos como resíduos de equipamentos elétricos e eletrônicos, definidos como qualquer "equipamento em fim de vida que seja dependente de correntes elétricas ou eletromagnéticas campos para funcionar corretamente". Dentro dessa definição, os autores destacaram que eletrodomésticos de pequeno e grande porte são:

> 1 tecnologia da informação e telecomunicações; equipamento de iluminação; ferramentas elétricas e eletrônicas, brinquedos e equipamentos de lazer e esportes; dispositivos

médicos; instrumentos de monitoramento e controle; e dispensadores automáticos.

2 Componentes elétricos e equipamentos eletrônicos, como baterias, circuito placas, invólucros de plástico, tubos de raios catódicos, ativados vidro e capacitores de chumbo também são classificados como lixo eletrônico (Grant *et al.*, 2013).

É importante ressaltar que a reciclagem informal de lixo eletrônico inclui o desmantelamento de produtos eletrônicos em fim de vida para recuperar elementos valiosos utilizando técnicas primitivas, sem ou com pouca tecnologia para minimizar a exposição ou proteção, além de haver poucas legislações adequadas para regulamentar essas práticas. Com base nisso, aborda-se nesta seção o enquadramento jurídico do lixo eletrônico no ordenamento jurídico angolano.

No período Pré-Independência de Angola (1975), o país seguia as normativas impostas pela administração colonial, com políticas ambientais quase inexistentes. No Pós-Independência (1975 até anos 1990), Angola enfrentou um longo período de guerra civil, o que restringiu o desenvolvimento de políticas ambientais. A gestão de resíduos recebeu pouca atenção durante esse tempo. Finalmente, no início do reconhecimento ambiental (1990-2000) começou-se a se desenvolver legislações ambientais voltadas para o tratamento adequado de resíduos.

A transição de Angola pós-guerra civil de uma economia planificada para uma economia de mercado representou um marco significativo no contexto do desenvolvimento do comércio e na criação de legislações específicas para assegurar um ambiente de negócios seguro. Conforme o artigo 14º da Constituição de Angola de 2010, é consagrado o princípio da livre iniciativa econômica e empresarial. O número 1 do artigo 37º da Constituição da República Angolana (CRA) assegura a todos o direito à propriedade privada, o qual deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e demais legislações. O artigo 37º estabelece que "1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão, nos termos da

Constituição e da lei". O número 2 confere ao Estado o poder de "respeitar e proteger a propriedade e demais direitos reais das pessoas singulares e coletivas".

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 224), "a propriedade privada deve atender à sua função social, estando vinculada à realização de seu fim". Por outro lado, o autor também destaca que

> [...] a propriedade de bens de consumo e de uso pessoal é essencialmente vocacionada à apropriação privada, pois são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem instrumentos de pressão, uma vez que satisfazem necessidades diretamente, isto é, bens que servem diretamente ao sustento dos trabalhadores, tais como alimentos, roupas, alojamentos. [...] o regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico. Se se o direito da propriedade privada, se ela é um princípio da ordem econômica, disso decorre, só por si, que se adotou um sistema econômico fundado na iniciativa privada (Silva, 2014, p. 825).

A constituição angolana consagra um quadro jurídico da liberdade econômica em consonância com a necessidade de proteção ao meio ambiente e à saúde humana, baseada na promoção da livre iniciativa econômica e empresarial, alicerçada nos princípios que garantem a justiça e a função social da propriedade.

> Artigo 38.º (Direito à livre iniciativa económica) 1. A iniciativa económica privada é livre, sendo exercida com respeito pela Constituição e pela lei. 2. A todos é reconhecido o direito à livre iniciativa empresarial e cooperativa, a exercer nos termos da lei. No entanto, a constituição angolana ao reconhecer o princípio do exercício de livre iniciativa econômica e empresarial, estabelece os limites constitucionais tendo como fundamentos da república o princípio da dignidade da pessoa humana.

> Artigo 89.º (Princípios Fundamentais) 1. A organização e a regulação das atividades económicas assentam na garantia geral dos direitos e liberdades económicas em geral, na valorização do trabalho, na dignidade humana e na justiça social, em conformidade com os seguintes princípios fundamentais: e)- Função social da propriedade (Angola, 2010, p. 16).

Em resumo, a legislação sobre resíduos do lixo eletrônico, em Angola, consiste na Lei nº 5/98, de 19 de junho - Lei de Bases do Ambiente; Regulamento sobre Responsabilidade por Dano Ambiental - trata da reparação do dano ecológico; Decreto Presidencial no 190/12, de 24 de agosto - aprova o Regulamento sobre a Gestão de Resíduos; Decreto Presidencial no 196/12, de 30 de agosto - aprova o Plano Estratégico para a Gestão de Resíduos Urbanos (PESGRU); Decreto Presidencial no 160/14, de 18 de junho - aprova o Regulamento sobre a Gestão de Resíduos Hospitalares e de Serviço de Saúde; Decreto Presidencial no 181/14, de 28 de julho - cria a Agência Nacional dos Resíduos e aprova o respectivo Estatuto Orgânico; Decreto Presidencial no 106/16, de 20 de maio - aprova o Plano Provincial de Limpeza Urbana de Luanda (em revisão).

No que se refere à questão dos resíduos eletrônicos e à proteção do meio ambiente, portanto, a Constituição de Angola de 2010, em seu artigo 91º, prevê que: "Promover o desenvolvimento harmonioso e sustentado em todo o território nacional, protegendo o ambiente, os recursos naturais e o patrimônio histórico, cultural e artístico nacional" (Angola, 2010, p. 32).

Por outro lado, o número 1 do artigo 39º da CRA consagra como um direito fundamental que "todos têm o direito de viver num ambiente sadio e não poluído, bem como o dever de o defender e preservar" (Angola, 2010, p. 14).

O Decreto Presidencial nº 190/12, de 24 de agosto, é um regulamento jurídico sobre a gestão de resíduos que define o conceito de resíduo. Conforme o artigo 3º, para os efeitos do presente Regulamento, entende-se por:

> s) 'Resíduos', substâncias ou objetos de que o detentor se desfaz ou tem a intenção ou obrigação legal de se desfazer, que contenham características de risco por serem inflamáveis, explosivas, corrosivas, tóxicas, infecciosas ou radioativas, ou por apresentarem qualquer outra característica que constitua perigo para a vida ou saúde das pessoas e para o ambiente (Angola, 2012).

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 366) define a dignidade da pessoa humana como uma qualidade intrínseca, "irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade".

No inciso 2 do artigo 39º da CRA, o legislador impõe ao "Estado o dever de adotar as medidas necessárias à proteção do ambiente e das espécies da flora e da fauna em todo o território nacional".

Em 1998, foi aprovada em Angola a Lei nº 5/98, de 19 de junho, Lei de Bases do Ambiente, que, por sua vez, no número 2 do artigo 19º, impõe ao governo o dever de fazer publicar e cumprir a legislação de controle da produção, emissão, depósito, transporte, importação e gestão de poluentes gasosos, líquidos e sólidos.

A Resolução no 29/16, de 25 de julho, aprova a adesão da República de Angola à Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação. A Resolução nº 34/16, de 1 de agosto, aprova a adesão da República de Angola à Convenção de Bamako sobre a Proibição da Importação de Lixos Perigosos e ao Controle da Movimentação Transfronteiriça desses Lixos em África.

A CRA nº 1 do art. 39º consagra "a todos o direito de viver num ambiente sadio e não poluído, bem como o dever de defendê-lo e preservar".

A responsabilidade por danos ao ambiente Al. m), do art. 21º CRA/10, aponta que cabe ao Estado "Promover o desenvolvimento

harmonioso e sustentado em todo o território nacional, protegendo o ambiente, os recursos naturais e o património histórico, cultural e artístico nacional". No inciso 3º do art. 39º da CRA, consagra-se que "a lei pune os atos que ponham em perigo ou lesem a preservação do ambiente".

A Constituição da República de Angola (CRA) atribui ao Estado a responsabilidade de proteger o meio ambiente, como expresso na alínea m) do artigo 21º e no nº 1 do artigo 39º, que garante o direito de todos a viver em um ambiente sadio e não poluído, assim como o dever de defender e preservar o meio ambiente. Esse assunto foi tratado especificamente pela Lei de Bases do Ambiente e por outras normas e decretos, como o Plano Estratégico de Gestão de Resíduos (PERSGRU), com o objetivo de assegurar a qualidade de vida e a conservação do meio ambiente, promovendo uma sustentabilidade coletiva.

A Constituição da República de Angola (2010), no artigo 39º, no seu inciso 1, afirma que "Todos têm o direito de viver num ambiente sadio e não poluído, bem como o dever de o defender e preservar". Esse artigo trata da proteção do meio ambiente e estabelece normas sobre instrumentos legais como a Lei de Bases do Ambiente e seus programas sobre resíduos sólidos.

A Agência Nacional dos Resíduos (ANR) possui em Angola competências de monitorização, emissão de pareceres, planejamento, atendimento de reclamações e avaliação, licenciamento e fiscalização, sendo o principal órgão regulador em Angola na área de resíduos. A ANR é responsável pela emissão do relatório do Estudo dos Resíduos de Angola e desempenha um papel crucial na proteção do meio ambiente e da saúde humana, incluindo a regulamentação ambiental dos resíduos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, monitorização e produção de relatórios sobre o meio ambiente, conscientização sobre questões ambientais e envolvimento com o público por meio de projetos científicos e de acompanhamento na resolução de danos ambientais. Como órgão público tutelado pelo Ministério do Ambiente da República de Angola, a ANR assegura que o meio ambiente e a saúde humana sejam protegidos, garantindo que os recursos naturais e serviços em Angola sejam utilizados de forma

sustentável e que contribuam para o crescimento econômico sustentável (Angola, 2014, 2022, 2023).

Importação dos Resíduos Eletrônicos para Gana e o seu Impacto para a Saúde Humana e ao Meio Ambiente

Resíduos eletrônicos, ou lixo eletrônico, são produtos que geralmente estão na fase final da sua vida útil, tornando-se obsoletos ou apresentando avarias que não podem ser reparadas ou cujo conserto é oneroso nos países africanos. A República de Gana está situada na Costa Ocidental da África.

Segundo Sousa (2020, s/p), Gana possui

> [...] cerca de 238 mil km2 de superfície e uma população de aproximadamente 28 milhões de habitantes. O país ocupa uma posição intermediária entre as economias africanas. Cerca de metade do Produto Interno Bruto (PIB) é gerado pela agricultura, com destaque para o cacau (onde há uso excessivo de mão de obra infantil), abacaxi, café e bananas. As atividades extrativas também são importantes, especialmente a mineração de ouro, manganês e bauxita, e a extração e beneficiamento de madeiras para exportação.

A Constituição de Gana consagra, no seu capítulo sexto, os princípios diretivos da política de Estado. Embora o texto constitucional não mencione diretamente os resíduos eletrônicos, o artigo 36º da Constituição estabelece que "O Estado deve assegurar que o desenvolvimento econômico seja conduzido de forma sustentável, permitindo a gestão adequada dos recursos naturais, incluindo a regulamentação dos resíduos". Além disso, o artigo 41º prevê a responsabilidade dos cidadãos em "(k) proteger e salvaguardar o meio ambiente".

No caso específico de Gana, o lixo eletrônico tem proporcionado uma atividade econômica para a população de baixa renda. No entanto, o

consumo desses produtos tem gerado problemas ambientais e de saúde pública na cidade de Acra, capital de Gana.

A Lei da República de Gana sobre o Controle e Gestão de Resíduos Eletrônicos e Perigosos, de 2016, estabelece que:

> 2. (1) O Ministro, mediante recomendação da Agência, concederá uma autorização por escrito para que resíduos perigosos ou outros resíduos sejam importados para o país se:
> a) o Estado que deseja exportar os resíduos for parte da Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Descarte ou for parte de um acordo ou arranjo bilateral, multilateral ou regional referente ao movimento transfronteiriço de resíduos perigosos ou outros resíduos de acordo com o Artigo 11 da Convenção de Basileia.
> e) o descartador garante no contrato do descartador com o exportador que os resíduos serão gerenciados de forma ambientalmente correta;
> g) o importador e o descartador têm uma licença válida para lidar com as categorias de resíduos perigosos ou outros resíduos propostos para importação.
> h) o gerador, exportador, importador, descartador ou transportador têm seguro apropriado ou outra garantia financeira adequada; e;
> (z) o importador ou um agente agindo em nome do importador é residente em Gana ou, no caso de uma corporação, tem um local de negócios permanente em Gana.
> (2) Uma autorização concedida sob a subseção(!) para a importação múltipla de resíduos perigosos ou outros resíduos pode, sujeita ao consentimento por escrito dos Estados envolvidos, ser concedida ao mesmo eliminador por um período máximo de um ano, se
> (a) os resíduos perigosos ou outros resíduos tiverem as mesmas características físicas e químicas,

> (b) os resíduos perigosos ou outros resíduos forem enviados regularmente através do mesmo posto alfandegário e através do mesmo posto alfandegário de entrada do país importador,
> (c) no caso de trânsito, os resíduos perigosos ou outros resíduos forem importados através do mesmo porto alfandegário de entrada e saída do Estado de trânsito, e
> 1 (d) os Estados envolvidos concordaram em conceder uma autorização semelhante.
> (3) O importador deverá informar a Agência sobre o recebimento de cada remessa de resíduos perigosos ou outros resíduos e fornecer os detalhes dos resíduos perigosos ou outros resíduos conforme especificado no documento de notificação.
> O Ministro pode, a qualquer momento após a emissão da autorização por escrito para a importação de resíduos perigosos ou outros resíduos, revogar a licença se o Ministro, mediante orientação da Agência, tiver motivos para acreditar que os resíduos perigosos ou outros resíduos não serão gerenciados de maneira ambientalmente correta.

Conforme Santos (2018, p. 611):

> [...] essas atividades envolvem o reparo desse resíduo ou a extração dos minérios nele presentes: enquanto o primeiro conserta objetos em diferentes níveis de deterioração para vendê-los no mercado interno, o último retira os minérios dos objetos completamente danificados para vendê-los no mercado externo. Essas atividades ocorrem fundamentalmente na capital Accra e se caracterizam pela precariedade das condições de trabalho, no cenário de informalidade que foi intensificado após o ajuste do país à política neoliberal, desde a década de 1980.

O número 9 do artigo 36º estabelece que "O Estado tomará as medidas adequadas necessárias para proteger e salvaguardar o meio ambiente nacional para a posteridade; e procurará a cooperação com outros estados e

organismos para efeitos de proteção do ambiente internacional mais amplo para a humanidade".

A legislação específica de Gana, conhecida como *Hazardous and Electronic Waste Control and Management Bill*, de 2016, visa o controle e a gestão de resíduos perigosos e eletrônicos. O número 1 do artigo 24 da Constituição de Gana, de 1992 e revisada em 1996, consagra o direito de todas as pessoas a trabalhar em condições satisfatórias, seguras e saudáveis, além de receber salário igual para trabalho igual, sem qualquer tipo de distinção.

> [...] a maior parte do lixo eletrônico recebida em Gana foi produzida pelos países europeus e passou a ser um problema não só de Gana, mas de todo o planeta. O lixo gerado pelo excesso de consumismo nos países desenvolvidos é levado a Gana, tratando o país como se ele fosse um enorme lixão (Gana, 1996, tradução nossa).

Segundo Santos *et al.* (2017, p. 60),

> O lixão propiciou o surgimento de um mercado paralelo e informal. Mais de 30 mil africanos de diferentes idades, inclusive crianças, ocupam pelo menos duas atividades, entre elas o conserto e a venda de eletrônicos que poderiam ser recuperados, ou, ainda, a extração de metais valiosos daquilo que é classificado como entulho.

Ao mesmo tempo, dados do Greenpeace África (2024) revelam uma preocupante realidade acerca dos danos ambientais causados no continente pela indústria da moda, responsável, segundo dados da ONU, por quase 8% das emissões globais de carbono (Na COP26..., 2021).

O mercado de Kantamanto, em Accra, Gana, é um dos maiores para roupas usadas, onde grandes volumes de roupas descartadas na Europa e nos EUA são vendidos e processados, criando um ambiente caótico. Esse fenômeno também ocorre em outros países africanos, como Tanzânia e Quênia, onde o *fast fashion* despeja roupas de baixa qualidade que acabam em

lixões. Segundo o Greenpeace (Cobbing et al., 2022), a exportação de resíduos têxteis do Norte global para o Sul evita responsabilidades de descarte adequado, agravando a crise ambiental.

> [...] a presença de mercados de roupas usadas, alimentados pela exportação de resíduos têxteis do Norte global para o Sul, cria problemas ambientais adicionais e destaca a necessidade urgente de uma mudança de paradigma na indústria da moda. A falta de regulamentação adequada e a exploração da mão de obra barata perpetuam uma dinâmica desigual que reforça o neocolonialismo disfarçado de doação, evidenciando a urgência de ações coletivas para promover práticas mais sustentáveis e justas (Grass, 2024, n. p.).

A rápida expansão da indústria têxtil na África, somada à exploração de mão de obra barata e à falta de regulamentação, apresenta, portanto, consequências graves. Além de poluir rios e sobrecarregar os recursos hídricos, o setor explora as comunidades locais, exacerbando desigualdades e perpetuando um modelo neocolonial.

Regras da Convenção de Basileia e de Bamako e sua aplicação na África

O instrumento jurídico internacional para a regulamentação dos lixos eletrônicos foi estabelecido pela Convenção de Basileia, realizada na Suíça em 1989. Essa convenção instituiu um tratado global com o objetivo de controlar a movimentação transfronteiriça de resíduos eletrônicos considerados perigosos.

A Convenção de Basileia é o único tratado global que tem como objetivo controlar o movimento internacional de resíduos perigosos, incluindo o lixo eletroeletrônico. Além dessa convenção, outras também visaram a redução e o controle do fluxo de lixo entre países, como a Convenção de Bamako (Mali, 1991), a Convenção de Roterdã (Holanda, 1998)

e a Convenção de Estocolmo (Suécia, 2001) (United Nations Environmental Programme, 2015).

O tratado decorrente da Convenção de Basileia, especificamente, é um instrumento jurídico de alcance global que versa sobre resíduos, estabelecendo recomendações para os estados signatários no que diz respeito ao controle dos resíduos eletrônicos. No Art. 3º da Convenção de Basileia, sobre a definição do que seria considerado resíduo perigoso,

> [...] cada parte deve, após seis meses de se tornar Parte desta Convenção, informar o Secretariado da Convenção dos resíduos ou de quais dos mencionados nos anexos I e II são considerados ou definidos como perigosos de acordo com a sua legislação nacional e de quaisquer requisitos no que regista aos procedimentos do movimento transfronteiriço aplicáveis a tais resíduos.

O artigo 3º permite que cada Estado Parte tenha autonomia para definir o que considera como resíduo perigoso. Não há uma definição uniforme ou harmonizada sobre a matéria de resíduos eletrônicos, ou seja, não há um único critério estabelecido. De maneira semelhante, observa-se a redação dada ao artigo 11º, segundo a qual:

> 'Acordos bilaterais, multilaterais e regionais' entre as partes ou não partes nos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e de outros, combinado com o art. 12.º da convenção de Basileia que prevê a consulta sobre a responsabilidade. O nº1 do art. 12 prevê que: as Partes devem cooperar com vista a adoptar, da forma mais facilmente realizável, um protocolo estabelecendo regras e procedimentos no campo da responsabilidade e compensação por danos resultantes do movimento transfronteiriço e eliminação de resíduos perigosos e de outros resíduos.

O que é classificado como resíduo perigoso para um Estado Parte pode não ser considerado como tal por outro Estado, evidenciando as diferenças existentes entre os países do Norte e do Sul Global em termos tecnológicos e nos mecanismos para a avaliação desses resíduos.

A Convenção de Basileia estabelece como critério o consentimento prévio do Estado importador, devendo existir um contrato entre o Estado exportador e o importador. Conforme a alínea a) do artigo 6º, "O notificador recebeu o consentimento por escrito do Estado de importação". Nesse sentido, é importante destacar que, diante de um quadro jurídico insuficiente sobre a importação de resíduos (lixo) eletrônicos, muitos Estados acabam aceitando esses resíduos devido a pressões financeiras e ganhos imediatos, mesmo que isso resulte em impactos negativos à saúde pública e ao meio ambiente a longo prazo. O número 7 do artigo 6º prevê que "Os Estados envolvidos podem dar o seu consentimento por escrito para o uso da notificação geral referida no parágrafo 6, sujeito ao fornecimento de certas informações, tais como as quantidades exatas, as listas periódicas de resíduos perigosos ou de outros resíduos a serem despachados". O número 1 do artigo 4º, alínea a), da Convenção de Basileia prevê que "As Partes, no exercício do seu direito de proibição de importação de resíduos perigosos ou de outros resíduos para eliminação, informarão as outras Partes da sua decisão conforme o artigo 13º". Isso denota que a Convenção de Basileia, ao transferir para o Estado o direito de aceitar ou não receber resíduos perigosos, cria um cenário potencialmente prejudicial para os países mais vulneráveis, tendo em vista o desequilíbrio existente na capacidade de negociação entre as Partes.

O documento decorrente da *Convenção de Bamako*, por sua vez, foi promulgado pela União Africana na cidade de Bamako em 30 de janeiro de 1991 e entrou em vigor em 1998. O primeiro artigo deste diploma substituiu a palavra "resíduos" por "lixo" na definição prescrita pelo texto da Convenção de Basileia, bem como acrescentou como "lixo perigoso" materiais que possuem compostos radioativos ou que foram contaminados em resultado da ação humana. O artigo 4º, parágrafo 2º, da Convenção de Bamako trata especificamente da "proibição da importação de resíduos perigosos e do

manejo responsável desses resíduos dentro dos Estados Partes". Vale destacar também outra disposição importante da Convenção de Bamako que reforça a proibição de resíduos perigosos: o artigo 4º, parágrafo 3º, da convenção prevê que "As Partes comprometem-se a proibir o descarte de resíduos perigosos em suas fronteiras".

Conforme Valente Bathillon (2019, p. 33), "A convenção de Bamako foi o resultado da insatisfação dos países africanos com a Convenção de Basileia. [...] o principal motivo para a criação da Convenção de Bamako foi a busca por mecanismos para satisfazer as demandas de acordos regionais, bi e multilaterais estipuladas pelo 11º artigo da Convenção de Basileia". A Convenção de Bamako tem caráter continental e foi estabelecida com a finalidade de abordar a proibição de resíduos perigosos e o controle do movimento transfronteiriço desses resíduos, com o propósito de proteger o meio ambiente e a saúde humana.

Conclusão

Conclui-se que o problema do descarte inadequado de resíduos eletrônicos, têxteis e de outras naturezas, em Angola e Gana, representa uma grave ameaça tanto ao meio ambiente quanto à saúde humana, afetando principalmente as populações mais vulneráveis. A aplicação das Convenções de Basileia e de Bamako pode exercer papel fundamental no controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e na prevenção do envio de lixo eletrônico para a África, embora a efetivação dessas convenções represente um grande desafio no que se refere à fiscalização e às lacunas legislativas, fruto de pressões políticas e um orçamento cada vez mais reduzido. Ademais, as demandas climáticas, que exigem uma participação crescente dos países de todo o globo, criam desafios ainda maiores a serem superados pelas nações em desenvolvimento, como Angola e Gana.

A implementação de normas internacionais e regionais, juntamente com o cumprimento das legislações nacionais, pode desempenhar um papel crucial na mitigação dos impactos ambientais e sanitários causados pelos

resíduos, tanto eletrônicos quanto originados pela indústria *fast fashion*. Além disso, considerando os desafios históricos e atuais enfrentados pelos países africanos no contexto global, a responsabilidade das empresas envolvidas na movimentação transfronteiriça desses resíduos é essencial, assegurando sua reciclagem ou descarte adequado.

Referências

ANGOLA. Constituição Da República De Angola. **Diário da República**, Luanda, 2010.

ANGOLA. Decreto Presidencial nº 190/12, de 24 de agosto. **Diário da República**, Luanda, 2012.

ANGOLA. Agência Nacional de Resíduos. **Estatuto orgânico da agência nacional de resíduos - DP 181/14 de 28 de julho**. Luanda, 2014. Disponível em: https://anr.gov.ao/Residuos.php. Acesso em: 02 jun. 2024.

ANGOLA. Agência Nacional de Resíduos. **Normalização**. Luanda, 2022.

ANGOLA. Agência Nacional de Resíduos. **Mensagem da PCA**. Luanda, 2023. Disponível em: https://anr.gov.ao/MPCA.php. Acesso em: 02 jun. 2024.

BATHILLON, Aldine Valente. **Colonialidade tóxica, descarte do lixo global e contra-narrativas socioambientais em África**: uma análise das Convenções de Basileia e de Bamako / Aldine Valente Bathillon. - 2019. 46 f. Monografia (graduação) – Instituto de Humanidades e Letras dos Malês, Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira, 2019.

COBBING, Madeleine *et al.* **Poisoned Gifts**. Hamburg: GREENPEACE, 2022. Disponível em: https://www.greenpeace.org/static/planet4-international-stateless/2022/04/9f50d3de-greenpeace-germany-poisoned-fast-fashion-briefing-factsheet-april-2022.pdf. Acesso em: 8 jun. 2024.

CONVENÇÃO da Basileia sobre o controle de movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos. São Paulo: SMA, 1997. Disponível em: https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-perigosos/convencao-de-basileia. Acesso em: 02 nov. 2023.

GRANT, Kristen *et al.* Health consequences of exposure to e-waste: a systematic review. **Lancet Glob Health**, Maryland, v. 1, n. 6, e350-61, 2013.

GRASS, Natalia. Costurando Injustiças: Fast Fashion e Neocolonialismo na África. **PET - Programa de Educação Tutorial em Relações Internacionais**, 25 jun. 2024. Disponível em: https://petrel.unb.br/destaques/226-costurando-injusticas-fast-fashion-e-neocolonialismo-na-africa. Acesso em: 11 nov. 2024.

GREENPEACE. **Stop Ghana from becoming Europe's textile waste dumpsite**. Greenpeace Africa, 2024. Disponível em: https://pages.greenpeaceafrica.org/stop-ghana-from-becoming-europes-textile-waste-dumpsite?utm_campaign=ghana-textile&utm_source=home-page&utm_medium=main-website&utm_content=button&utm_term=redirect-act-page. Acesso em: 02 nov. 2024.

NA COP26, mais de 130 empresas de moda prometem reduzir emissões de CO2. **ONU News**, 11 nov. 2021. Disponível em: https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769992. Acesso em: 02 nov. 2024.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Global Waste Management Outlook 2022**. Nova York: ONU, 2022.

ORGANIZAÇÃO Meteorológica Mundial estima que perdas climáticas na África cheguem a 5% do PIB. **Carbon Report**, 02 set. 2024. Disponível em: https://carbonreport.com.br/organizacao-meteorologica-mundial-estima-que-perdas-climaticas-na-africa-cheguem-a-5-do-pib/. Acesso em: 11 nov. 2024.

OUA. Organização da União Africana. **Convenção de Bamako relativa à interdição de lixos perigosos para África e ao controlo da movimentação transfronteiras e à gestão desses lixos em África**. Bamako, 1991.

REPÚBLICA DE GANA. **Constituição da República do Gana**. Acra, 1996.

REPÚBLICA DE GANA. **Hazardous And Electronic Waste Control And Management Bill**. Acra, 2016. Disponível em: https://ir.parliament.gh/bitstream/handle/123456789/383/FINAL%20HAZARDOUS%20AND%20ELECTRONIC%20WASTE%20CONTROL%20AND%20MANAGEMENT%20%20BILL,%202016.pdf?sequence=1&isAllowed. Acesso em: 22 maio 2024.

SANTOS, Arthur Lourenço dos *et al.* A Destinação dos Resíduos Eletrônicos. **Revista Eletrônica Leopoldianum**, Santos, v. 43, p. 129-130, 2017.

SANTOS, Kauê Lopes dos. Ouro para fora, lixo para dentro: as inserções de Gana na divisão internacional do trabalho contemporânea e a recommodização da economia. **GEOUSP Espaço e Tempo**, São Paulo, Brasil, v. 22, n. 3, p. 607-622, 2018. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/137274. Acesso em: 11 set. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de direito constitucional**, São Paulo, v. 5, n. 9, p.361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27252. Acesso em: 17 fev. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, Ferdinando. Gana: um dos maiores cemitérios de lixo eletrônico do mundo. **Água, Vida & Cia – Fernando José De Sousa**. 16 mar. 2020. Disponível em: https://ferdinandodesousa.com/2020/03/16/gana-um-dos-maiores-cemiterios-de-lixo-eletronico-do-mundo/. Acesso em: 02 jun. 2024.

UNIÃO AFRICANA. **Primeira Conferência de Partes da Convenção de Bamako: Decisões da reunião (24)**. 2013. Disponível em: https://www.informeia.org/en/event/first-conference-parties-bamako-convention. Acesso em: 10 jun. 2024.

UNIÃO AFRICANA. **Carta sobre a proteção marítima, a segurança e o desenvolvimento em África (Carta de Lomé)**. Lomé, 2016.

A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS: UM MEIO PARA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

The Consensual Resolution of Conflicts in the Supreme Federal Court and the Multi-Door Courthouse System: A Means to Ensure Access to Justice

Beatriz Neves Rosa Ribeiro[1]

Universidade Federal da Bahia

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins[2]

Universidade de Lisboa

Thatyana Costa de Souza Santos[3]

Universidade Estadual de Feira de Santana

DOI: https://doi.org//10.62140/BRCMTS906340092

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistema de Justiça Multiportas e a Política Judiciária Nacional de Desjudicialização; 3. A tipologia dos litigantes de Galanter e possíveis problemáticas advindas da adoção da solução consensual de conflitos na Corte Suprema brasileira; 4. O Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL); 4.1. Casos referentes ao Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19; 4.2. Caso alusivos a carreiras e concursos públicos; 5. Conclusão.

[1]Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia. E-mail: beatriznevesr@outlook.com. Link :ORCID: https://orcid.org/0009-0003-3674-3631

[2]Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Portugal. Professor de Direito Constitucional na Universidade Federal da Bahia(UFBA) e na Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). E-mail: carlosratis@uol.com.br. Link ORCID: https//orcid.org/0009-0004-6871-236X

[3]Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. E-mail: thatycostasouza@gmail.com. Link ORCID: https://orcid.org/0009-0009-6110-4595

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise da efetividade do Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL) criado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do Ato Regulamentar nº 27/2023, buscando entender se ele atende aos objetivos preconizados na Política Judiciária Nacional de Desjudicialização. Ainda, examina a influência da teoria do sistema de justiça multiportas para criação desse Núcleo e analisa os principais acordos firmados no âmbito do NUSOL e os seus respectivos resultados enquanto recente arranjo institucional. Diante da alta taxa de litigiosidade enfrentada pelo Poder Judiciário, o problema proposto é o alcance da eficácia da atuação desse Núcleo na resolução equitativa dos conflitos e os limites da sua capacidade em promover uma desjudicialização das demandas e servir como modelo para os demais Tribunais da República Federativa do Brasil, sendo realizada uma análise de conteúdo sobre os acordos celebrados pelo mencionado Núcleo, bem como da complexidade dos respectivos conflitos que envolvem o interesse coletivo e os impactos da solução consensual nas dimensões da efetividade e celeridade.

Palavras-chave: Conciliação; Justiça; Justiça Multiportas; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article analyzes the effectiveness of the Consensual Conflict Resolution Center (NUSOL) established by the Supreme Federal Court through Regulatory Act No. 27/2023, examining whether it fulfills the objectives outlined in the National Judicial Policy for Dejudicialization. Furthermore, it assesses the influence of the multi-door courthouse system theory on the Center's creation and evaluates the principal agreements reached within NUSOL's framework along with their outcomes as a recent institutional arrangement. Given the high litigation rates faced by the Judiciary, the core research question concerns the scope of this Center's effectiveness in ensuring equitable conflict resolution, while examining both its capacity to promote dispute dejudicialization and its potential as a model for other courts in the Federative Republic of Brazil. The study employs content analysis of agreements mediated by NUSOL, including the complexity of collective interest disputes and the impacts of consensual resolution on judicial effectiveness and celerity.

Keywords: Conciliation; Justice; Multi-Door Justice; Supreme Federal Court.

1. INTRODUÇÃO

O crescente volume de demandas judiciais tem sido um dos principais desafios enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro. Com um

sistema sobrecarregado e uma alta taxa de litigiosidade, a demora na resolução dos processos torna-se uma questão central para a efetividade do acesso à justiça. Em resposta a esse cenário, diferentes abordagens foram implementadas que buscam tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) também tem incorporado métodos de solução consensual de conflitos, com o objetivo de reduzir a sobrecarga processual e promover uma abordagem mais eficiente para questões de grande impacto social. Nesse sentido, surgem iniciativas como a criação do Núcleo de Solução Consensual de Conflitos, que representa um avanço significativo na institucionalização desses mecanismos dentro da Corte.

No entanto, a adoção da autocomposição pelo STF levanta questionamentos sobre a adequação desses métodos a conflitos que envolvem interesses coletivos e questões constitucionais complexas. Embora a conciliação e a mediação tenham se mostrado eficazes em diversas esferas do Judiciário, sua aplicação no âmbito da Suprema Corte brasileira exige uma reflexão aprofundada sobre sua viabilidade e impacto.

Outro aspecto relevante é a necessidade de garantir que a utilização desses mecanismos não favoreça apenas determinadas partes do processo. Litigantes habituais, como o Poder Público e grandes corporações, possuem maior capacidade de negociação, o que pode colocar os litigantes ocasionais em desvantagem. Dessa forma, é fundamental que o STF estabeleça diretrizes claras para assegurar que a solução consensual de conflitos não resulte em desequilíbrios e injustiças na distribuição dos direitos das partes envolvidas.

O presente artigo tem como objetivo analisar a efetividade da solução consensual de conflitos no STF, avaliando se sua implementação atende aos princípios da Política Judiciária Nacional de Desjudicialização. Para isso, serão examinados os principais acordos firmados no âmbito do Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL). A metodologia utilizada para

o desenvolvimento deste estudo baseia-se no método hipotético-dedutivo, com revisão bibliográfica e análise de normativas . Será realizada, ainda, investigação sobre os impactos da solução consensual na celeridade processual e na efetividade da prestação jurisdicional.

A análise permitirá compreender se a adoção desses métodos contribui efetivamente para a democratização do acesso à justiça e para a resolução eficiente de conflitos, ou se, ao contrário, apresenta limitações que comprometem sua aplicabilidade na área constitucional. Ao considerar a relevância do tema e os desafios inerentes à sua implementação, esta pesquisa pretende oferecer uma visão abrangente sobre o papel do STF na promoção da cultura do consenso e da desjudicialização no Brasil.

2. SISTEMA BRASILEIRO DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DA DESJUDICIALIZAÇÃO

O conceito de um tribunal de justiça multiportas foi proposto inicialmente por Frank Sander. O autor parte da premissa de que não se pode adotar o mesmo método de resolução para conflitos variados, pois isso desconsidera as particularidades de cada caso. Nesse sentido, ele propôs a implementação de um espaço de triagem em tribunais, no qual um funcionário avaliaria os casos dispostos e direcionaria as partes para o método mais apropriado para resolução do conflito, considerando diversos aspectos, como: (i) natureza da disputa; (ii) relação entre os envolvidos; (iii) recursos - de tempo e econômicos - necessários para a solução da controvérsia, dentre outros. Desse modo, estimular-se-ia a promoção de soluções adaptadas e mais eficientes para as lides propostas[4].

[4]DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores. In: NOGUEIRA, Cláudia Albagli; PEIXOTO, Geovane de Mori; CARNEIRO, Wálber Araujo

No Brasil, os principais autores responsáveis por elaborar e sistematizar uma teoria do sistema de justiça multiportas foram Fredie Didier Júnior e Leandro Fernandez. Para os referidos, a justiça *"pode ser alcançada por diversas portas, e não apenas pela porta da "jurisdição estatal", os outros meios de solução dos problemas jurídicos (e, consequentemente, de tutela dos direitos) passam a fazer parte do sistema de justiça"*[5], devendo ela ser compreendida em uma concepção restrita de solução adequada para um certo problema jurídico.

Assim, ao contrário da perspectiva antiga, na qual a posição ocupada pelo Poder Judiciário no sistema de justiça é central e os demais métodos de solução de conflitos, periféricos, a nova acepção dita que os demais meios de resolução de demandas jurídicas ocupam a mesma posição de relevância e importância do que o meio tradicional da jurisdição estatal. Desde que adequado à resolução de um problema jurídico, *"qualquer dos modos de resolução de problemas e tutela de direitos concretiza a função de acesso à justiça"*[6].

Enquanto sistema auto-organizado, que se formou gradualmente[7], um marco relevante da construção desse pensamento no ideal do Judiciário Brasileiro é a edição da Resolução n.º 125/2010 do CNJ[8], que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, estimulando a autocomposição dos litígios por meio da conciliação e mediação, e criando os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

(org.). *Direito, fenomenologia e crítica* [livro eletrônico]: estudos em homenagem a Marília Muricy. 1. ed. Salvador, BA: Ordem dos Advogados do Brasil Seção da Bahia, 2025, p. 207.

[5]*Ibid,* p. 207.

[6]*Ibid,* p. 208.

[7]*Ibid,* p. 207.

[8]BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 dez. 2010.

Paralelamente à teoria do sistema de justiça multiportas, verifica-se que a edição política judiciária de desjudicialização dos conflitos também foi influenciada por um pensamento frequente no ideário nacional de que o Poder Judiciário brasileiro passa por uma crise institucional, sendo ocasionada devido: (i) à ausência de efetividade dos seus órgãos integrantes; e (ii) ao alto congestionamento desse sistema, com volume excessivo de demandas em trâmite.

Conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário, a Emenda Constitucional n. 45/2004 foi promulgada com o objetivo principal de conferir mais eficiência e celeridade ao sistema de justiça brasileiro. Nesse contexto, ela deixou clara a ideia defendida pelos representantes do governo federal de reforma neoliberal da justiça, com uma visão racionalizadora, instrumental e eficientista do Poder Judiciário que prevaleceu sobre uma agenda mais democratizante e redistributiva do acesso à justiça[9].

Durante a apresentação do Relatório Justiça em Números 2024, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o presidente do órgão, Ministro Luís Roberto Barroso, ressaltou que a estrutura atual do Judiciário é insuficiente para atender à demanda de forma ágil, destacando que o Brasil possui o maior índice de litigiosidade do mundo. Tal fala evidencia a crescente preocupação com o recrudescimento da litigiosidade no Judiciário[10].

Com as referidas reformas, a discussão sobre a edição de um novo Código de Processo Civil se intensificou, e enquanto justificativa, os anteprojetos citam o excesso de carga do Poder Judiciário com a massificação de conflitos[11]. Desse modo, a promulgação do Código de Processo Civil de

[9]GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez., 2019, p. 166-171.

[10]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos. CNJ, 2024.

[11]GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de

2015 parece reforçar a narrativa de necessidade de redução do acervo processual, com o foco sendo a aplicação dos métodos mais adequados à resolução dos conflitos.

O estímulo às formas alternativas de resolução de conflitos pode ser identificado em vários trechos do referido dispositivo legal[12], verificando-se a imposição do dever da promoção da autocomposição ao Estado, e é dentro desse contexto que os núcleos de solução consensual de conflitos foram criados, objetivando maior celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

3. A TIPOLOGIA DOS LITIGANTES DE GALANTER E POSSÍVEIS PROBLEMÁTICAS ADVINDAS DA ADOÇÃO DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA CORTE SUPREMA BRASILEIRA

Outros pontos que merecem atenção no contexto de resolução consensual de conflitos no âmbito do STF são: (i) as partes que estão em litígio entre si; e (ii) as questões de ordem constitucional que são de competência da Suprema Corte Brasileira.

O Relatório Justiça em Números 2024, referente ao ano-base de 2023, demonstra que, apesar do crescimento do acervo processual brasileiro, determinados agentes se mantêm constantes enquanto principais responsáveis por ajuizar mais ações e serem mais demandados. Assim, o Poder Público ocupa o primeiro lugar nesse cenário, tanto no polo passivo quanto ativo,

construção de uma nova agenda de pesquisa. Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez., 2019, p. 171.

[12] Como exemplo, cita-se os §§2° e 3° do art. 3° do CPC/2015:

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

correspondendo ao percentual de 11,7% de todas as demandas que tramitam no território nacional[13].

Ainda, é importante mencionar que esses entes públicos frequentemente se relacionam em disputas cujo resultado repercute sob a esfera de direito de vários indivíduos, *"em grande escala de forma continuada ou circunstancial"*[14], e que eles frequentemente ocupam um polo das ações que são de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Esse fato é especialmente problemático ao se considerar que esses litigantes possuem vantagens estratégicas de influência dentro de uma negociação. Marc Galanter foi o responsável por apontar essas diferenças na obra "*Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change",* na qual ele analisa as diferentes partes que compõem um litígio e os efeitos que elas podem exercer sobre o funcionamento do sistema jurídico. De acordo com o autor, o sistema judicial pode ser dividido em duas grandes partes que litigam: (i) os *repeat players* (litigantes repetitivos/habituais), que constantemente recorrem aos tribunais em demandas similares ao longo do tempo; e (ii) os *one-shooters* (litigantes ocasionais), que só recorrem ocasionalmente aos tribunais[15].

De acordo com Galanter, os litigantes habituais possuem diversas vantagens estratégicas sobre os litigantes eventuais, por uma série de motivos. O primeiro deles é que, devido ao seu alto volume de demandas em trâmite, eles possuem menos a perder em cada demanda individual, possuindo os

[13]CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2024 (ano base 2023). Relatório Analítico. 2024, p. 232.

[14]ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória - entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. Revista de Processo, v. 42, n. 263, 2017, p. 246.

[15]"Most analyses of the legal system start at the rules end and work down through institutional facilities to see what effect the rules have on the parties. I would like to reverse that procedure and look through the other end of the telescope. Let's think about the different kinds of parties and the effect these differences might have on the way the system works". GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. Law & Society Review. vol. 9, n.1, 1974, p. 98.

recursos para perseguir interesses a longo prazo. Ainda, possuem vantagens econômicas, de poder, de acesso ao sistema, etc[16], devido ao seu amplo conhecimento de navegação do sistema jurisdicional.

Conforme mencionado, deve-se considerar que as disputas que são levadas ao Supremo Tribunal Federal, geralmente (i) incluem um litigante habitual em um polo da demanda; e (ii) afetam uma coletividade de pessoas (como na Ação Direta de Inconstitucionalidade), que podem ser individualmente consideradas como agentes eventuais, que não possuem o mesmo poder de influência na dinâmica processual. Analogamente, transpondo-se essa lógica para a autocomposição, conforme dita Asperti[17], existem mutirões de conciliação organizados a partir de um litigante repetitivo, no qual condições são estabelecidas de maneira prévia entre o Poder Judiciário e os litigantes habituais, que muitas vezes possuem margens de negociação já pré-definidas.

No cenário do Núcleo de Solução Consensual de Conflitos do STF (NUSOL), é necessário ponderar se a celebração dos acordos deve abarcar mecanismos para viabilização da participação dos diversos atores envolvidos. Silva sugere que, em determinados casos trazidos ao referido tribunal, a autonomia das partes não foi observada, elemento-chave para efetivação da autocomposição[18], e destaca que os conceitos de parte como elemento da ação não pode ser confundido com aquele considerado para a autocomposição, pois partes que não estão no polo passivo ou ativo do litígio podem - e devem - ser chamadas para fazer parte do processo conciliatório.

---

[16]*Ibid,* p. 98-103.

[17]ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória - entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. Revista de Processo, v. 42, n. 263, 2017, p. 242.

[18]SILVA, Leonardo Carvalho da. Autocomposição no STF e o tratamento adequado de conflitos complexos. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022, p.102.

Assim, como o autor bem pontua, *"em casos de ações de controle de constitucionalidade, a definição de partes como elemento da ação é impossível, já que são ações abstratas"*[19]. Desse modo, como definir, em uma conciliação, quem seria adequado a representar os interesses de uma categoria de indivíduos?

Silva assevera que, nesses casos, deve-se levar em conta que o STF considera uma ação objetiva enquanto subjetiva, e identifica uma parcela de indivíduos como representantes de milhares[20]. Desse modo, questiona-se até que ponto essas medidas podem apresentar uma noção mais restrita de acesso à justiça, com a participação dos agentes ficando mitigada. No tópico seguinte, a partir da análise de casos, almeja-se traçar um panorama analítico sobre como esse contraditório está sendo realizado e efetivado dentro de um contexto de demandas complexas, no âmbito dos acordos firmados pelo NUSOL.

4. O NÚCLEO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS (NUSOL)

O STF criou, através do Ato Regulamentar nº 27/2023[21], o Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL). Antes da concretização deste Núcleo, outras medidas já vinham sendo adotadas, como o Centro de

[19] *Ibid*, p. 104.

[20] *Ibid,* p.106.

[21] "Art. 1º Os arts. 4º, 6º, 10, 12, 14, 18-A, 19, 20, 22, 23 e 31 do Regulamento da Secretaria, tornado público pela Resolução nº 623, de 31 de outubro de 2018, passam a vigorar com as seguintes alterações: 'Art. 4º

VIII - m) Assessoria de Apoio à Jurisdição (AAJ)

1 - Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC)

2 - Núcleo de Solução Consensual de Conflitos (NUSOL)

3 - Núcleo de Análise de Dados e Estatística (NUADE)" STF. Supremo Tribunal Federal. Ato Regulamentar Nº 27, de 11 de dezembro de 2023. Disponível em: https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/3294. Acesso em: 16 mar. 2025.

Mediação e Conciliação (CMC) e o Centro de Soluções Alternativas de Litígios (CESAL).

O funcionamento do Núcleo baseia-se, especialmente, em auxiliar os gabinetes dos Ministros, priorizando a identificação prévia de soluções consensuais para as mais diversas demandas jurídicas. Além de promover a resolução de casos de relevância sociopolítica, este espaço também possui a finalidade de propiciar a cooperação entre o STF e os demais órgãos que compõem o organograma judiciário brasileiro.

Pode-se inferir que a estruturação de meios consensuais nas instâncias inferiores têm uma certa aceitação, diante do seu alto nível de transacionalidade. Por outro lado, os casos de competência originária do Supremo e os casos que trilham um caminho processual, até esta última instância, possuem a problemática da complexidade.

Junto a isso, existe o questionamento sobre a constitucionalidade desses métodos em questões de ordem constitucional. Sobre este ponto, Souza Junior e Binda[22] trazem a discussão acerca dos efeitos negativos de uma possível homologação de acordo em conflitos que envolvem o interesse de toda a sociedade.

Dentro dessa lógica, Godoy[23] ressalta a insegurança resultante da promoção dos métodos de solução consensual em Ações Diretas de

[22] "No entanto, o destino que se anuncia com a utilização desses meios faz surgirem alguns questionamentos acerca do real objetivo/impacto das decisões, visto que, por via de regra, a competência originária da Suprema Corte diz respeito tão somente às demandas puramente constitucionais, nas quais há apenas interessados, ou seja, ausentes os pólos passivos ou ativos, cujos efeitos atingem, literalmente, toda a sociedade brasileira." RIBEIRO DE SOUZA JÚNIOR, E.; BINDA, Rosana Júlia. Conciliação e mediação no âmbito da Suprema Corte: mudança de paradigma e desjudicialização processual. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, v. 113, n. 00, p. e 022014, 2022. Disponível em: https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/827. Acesso em: 17 mar. 2025.

[23]"Atuações dialógicas do Supremo, decisões conciliadas, acordos, devem ser celebrados. Possuem limites, no entanto. Nem tudo está sujeito à livre escolha do relator, do Tribunal, ou daqueles que provocaram o exercício da jurisdição constitucional, especialmente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade via ADI." GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. Rev. Direito e Práx., v. 12, n. 02, 2021, p. 1043-1069. Disponível em:

Inconstitucionalidade (ADI´s), tendo em vista a ausência material da bilateralidade no conflito. Para isso, o autor analisou as decisões monocráticas do Ministro Luiz Fux no cenário da greve dos caminhoneiros no ano de 2018. Decisões como estas implicam diametralmente terceiros que não integram formalmente a ação judicial.

Em contraponto, o referido autor discorre sobre a importância do incentivo à utilização desses métodos para as outras funções jurisdicionais da Corte. Ao certificar a presença de bilateralidade processual e material, admite-se a configuração de um caráter constitucional na operacionalidade de meios autocompositivos em Ações Civis Originárias e Mandados de Segurança.

No site eletrônico do Supremo Tribunal, observa-se o Painel de Acordo Cíveis[24] e, de modo geral, é possível fazer algumas ponderações quantitativas no que concerne aos aspectos das classificações e/ou perfis processuais.

Em 2024, o acervo desse Painel tinha uma totalidade de 45 (quarenta e cinco) processos. Dentre eles, 37 (trinta e sete) processos eram de competência originária da Corte e os demais eram derivados de Recursos Extraordinários (RE 's).

De modo subsequente, verifica-se a preponderância quase absoluta de processos em que Entes Estatais e autoridades públicas configuram como uma das partes das ações, perfazendo um montante de 44 (quarenta e quatro) processos. No que diz respeito aos temas discutidos nas ações, têm desde conflitos federativos, tais como execução e repasse de verbas, até debates de políticas públicas.

https://www.scielo.br/j/rdp/a/cxr7tsRvWjPjGNSKRt7v3WK/?format=pdf&lang=p. Acesso em: 19 mar. 2025.

[24]Esse painel pode ser acessado através do seguinte endereço eletrônico: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=apresentacao.

Nesse espectro, Asperti e Chiuzuli[25] expõem que o transcurso temporal médio para a resolução completa do conflito ainda não reflete um ideal de celeridade, levando em consideração que um dos acordos, que consta no aludido Painel, chegou a ter uma média de 1.572 (mil e quinhentos e setenta e dois) dias para ser homologado.

4.1 CASOS REFERENTES AO PLANO NACIONAL DE OPERACIONALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19

Dentre os eixos temáticos que foram descritos no Painel de Acordos Cíveis, é possível verificar 3 (três) casos[26] que se assemelham. O ponto convergente entre eles é o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19.

Diante do conflito que envolvia os critérios adotados para a política nacional de distribuição de vacinas, os Estados da Bahia, Rio Grande do Sul e São Paulo promoveram Ações Cíveis Originárias (ACO' s) contra a União e uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Todas culminaram em homologações de acordos, nas quais a União se comprometeu em ordenar a distribuição conforme as demandas de cada Estado proponente.

Em concordância com os ditames dos métodos de solução consensual de conflitos, os acordos também estabeleceram como propósito a reconstituição do diálogo entre as partes, os respectivos Estados e a União, no momento do conflito e para perspectivas futuras de Administração

[25] DE ARAUJO ASPERTI, M. C.; ROCHA CHIUZULI, D. SUPREMO CONCILIADOR?: ANÁLISE DOS CASOS ENCAMINHADOS À CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 450–499, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.823. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/823. Acesso em: 19 mar. 2025.

[26] A verificação desses acordos pode ser feita através dos seguintes casos: ACO 3518, ACO 3520 e ADPF 829.

Pública. À vista disso, os órgãos do Executivo deveriam organizar as informações e os procedimentos conjuntamente.

Destaca-se, nessas situações, a importância da dimensão desses métodos. Perante situações emergenciais, como o contexto pandêmico, o caminho da conciliação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, demonstrou-se como uma via célere e de resultado, considerando a regularização desta política pública com o firmamento do acordo entre os Entes Públicos.

4.2 CASOS ALUSIVOS A CARREIRAS E CONCURSOS PÚBLICOS

Esse tema é identificado em 4 (quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Essas ações foram promovidas com o desígnio de averiguar a inconstitucionalidade das legislações estaduais e federais que restringiam a participação de mulheres em concursos públicos das Polícias Militares[27].

Com exceção da ADI proposta pelo Estado de Mato Grosso, todas foram direcionadas para a conciliação pelo Ministro Relator responsável, demonstrando, efetivamente, a implantação do sistema de justiça multiportas na Corte ao realizar uma espécie de "triagem", ainda que de modo implícito.

As audiências realizadas pelo CESAL/STF, na sua totalidade, resultaram em homologações de acordos. Inclusive, cabe ressaltar que não foi

[27] "Em três dessas ações - Mato Grosso (ADI 7483), Rio de Janeiro (ADI 7486) e Pará (ADI 7487) -, o ajuizamento foi feito pela Procuradoria-Geral da República em face das respectivas Assembleias Legislativas Estaduais. Exceto em uma delas –ADI 7433 -a propositura da ação foi feita pelo Partido dos Trabalhadores e relação ao Congresso Nacional para fins de perquirição da constitucionalidade de dispositivo de legislação federal (Lei nº 9.713/1998) que projetou limitações de gênero no concurso da Polícia Militar do Distrito Federal.".

necessária a designação de mais de uma audiência para atingir o intuito desse método de solução.

No que diz respeito ao objeto do conflito, o fruto dessas conciliações foi a revogação da restrição de gênero, passando a ser possível e legal a participação de mulheres nos concursos e nas carreiras públicas das Polícias Militares. Isto posto, o acordo somente se conteve em resolver a questão prática e concreta do conflito. A discussão acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos normativos não foi apreciada.

Retomando os entendimentos de Godoy (2021), a crítica, relacionada à viabilidade de conciliação no contexto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, pode ser afastada nesses casos, em virtude da abstenção de um firmamento de acordo no que pertine à constitucionalidade das legislações estaduais e federais.

Mais uma vez, o método de solução consensual de conflito se demonstrou eficiente na conjuntura de cultura institucional do Supremo Tribunal[28]. Os pedidos, em questão, eram considerados urgentes e obtiveram uma resposta adequada e justa em um prazo razoável. O diálogo construtivo entre as partes, por meio da conciliação, oportunizou a tutela de direitos.

5. CONCLUSÃO

A institucionalização de mecanismos consensuais no Supremo Tribunal Federal simboliza uma das concretizações propiciadas pela Política Nacional de Desjudicialização. Os impactos das decisões homologatórias são

[28] ADI 7487: "O Código de Processo Civil consagrou os métodos consensuais para solução de conflitos em seu art. 3º, abrindo-se a possibilidade de que o acordo seja buscado em qualquer fase e grau de jurisdição, e independentemente de posições jurídicas relacionadas à marcha processual. Com efeito, as conciliações vêm sendo realizadas pelo Supremo Tribunal Federal como método adequado para resolução de processos, inclusive na jurisdição constitucional (conforme precedentes: ADO 25/DF; ADPF 984/DF, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes)." (Ministro Relator Cristiano Zanin, Homologação do acordo de 21/02/2024).

refletidos nos demais órgãos judiciários, na política e, principalmente, na sociedade brasileira.

Apesar de trazer efeitos positivos no que diz respeito à celeridade do tempo de tramitação, em alguns casos, como os das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ainda é necessária a ponderação das barreiras jurídicas frente à possibilidade de participação social. As comunidades diretamente impactadas pelos conflitos, na maioria das vezes, não exercem o seu papel na construção dos acordos cíveis, não sendo possível a exposição dos seus interesses e, de modo subsequente, a tutela efetiva e adequada dos seus direitos. Além da negligência quanto à participação social, o STF se revela omisso quanto à apreciação da constitucionalidade da matéria e apenas transaciona problemas tangenciais que possuem caráter urgente.

Ainda assim, pode-se compreender que os métodos de solução consensual de conflitos adotados pelo Supremo, especialmente no NUSOL, exteriorizam a efetividade parcial de uma Política Nacional de Desjudicialização, bem como desencadeiam uma série de decisões que servem de substrato para os demais Tribunais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez (org). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Mult iportas.pdf. Acesso em: 23 fev. 2025.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória - entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário.** Revista de Processo, v. 42, n. 263, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015).** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a política nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário.** *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 1 dez. 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em: 20 mar. 2025.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., Hermes (Coord.). **Grandes Temas do CPC – Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodivm, 2016

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2024**. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf. Acesso em: 20 mar. 2025.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2024: Barroso destaca aumento de 9,5% em novos processos.** CNJ, 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2024 (ano base 2023). Relatório Analítico.** 2024.

DE ARAUJO ASPERTI, M. C.; ROCHA CHIUZULI, D. **SUPREMO CONCILIADOR?**: **ANÁLISE DOS CASOS ENCAMINHADOS À CONCILIAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS,** [S. l.], v. 10, n. 2, p. 450–499, 2024. DOI: 10.21783/rei.v10i2.823. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/823. Acesso em: 19 mar. 2025.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado: interação, integração e seus institutos catalisadores.** In: NOGUEIRA, Cláudia Albagli; PEIXOTO, Geovane de Mori; CARNEIRO, Wálber Araujo (org.). *Direito, fenomenologia e crítica* [livro eletrônico]: estudos em homenagem a Marília Muricy. 1. ed. Salvador, BA: Ordem dos Advogados do Brasil Seção da Bahia, 2025.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo Justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre as escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa.** Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez., 2019.

GODOY, Miguel Gualano de. **O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário.** Rev. Direito e Práx., v. 12, n. 02, 2021, p. 1043-1069. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdp/a/cxr7tsRvWjPjGNSKRt7v3WK/?format=pdf&lang=p. Acesso em: 19 mar. 2025.

GALANTER, Marc. **Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change.** Law & Society Review. vol. 9, n.1, 1974.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli; PEIXOTO, Geovane de Mori; CARNEIRO, Wálber Araujo. Direito, Fenomenologia e Crítica. In: DIDIER, Fredie; FERNANDEZ, Leandro. **O sistema brasileiro de justiça multiportas como um sistema auto-organizado**. 1. ed. Salvador, BA: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Bahia, 2025.

RIBEIRO DE SOUZA JÚNIOR, E.; BINDA, Rosana Júlia. **Conciliação e mediação no âmbito da Suprema Corte**: mudança de paradigma e

desjudicialização processual. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, v. 113, n. 00, p. e022014, 2022. Disponível em: https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/827. Acesso em: 17 mar. 2025

SILVA, Sabrina Jiukoski da; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; SILVA, Rafael Peteffi da. **A mediação e a conciliação como instrumento de acesso à justiça e a sua perspectiva a partir do Código de Processo Civil**: o contraponto entre a cultura da sentença e a cultura do consenso. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, 2020. Disponível em: https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44635. Acesso em: 24 fev. 2025.

SILVA, Leonardo Carvalho da. **Autocomposição no STF e o tratamento adequado de conflitos complexos.** 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2022.

SOLANO, L,M. **A crise do Judiciário e o Sistema Multiportas de solução de conflitos**. Jusbrasil, 2018. Disponível em < https://luisasolano.jusbrasil.com.br/artigos/575316098/a-crise-do-judiciario-e-o-sistema-multiportas-de-solucao-de-conflitos#:~:text=O%20Sistema%20Multiportas%20%C3%A9%20um%20modelo%20alternativo%20para%20solu%C3%A7%C3%A3o%20de,porta%2C%20dentre%20as%20j%C3%A1%20citadas. Acesso em: 12 mar. 2025.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Ato Regulamentar Nº 27,** de 11 de dezembro de 2023. Disponível em: https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/3294. Acesso em: 16 mar. 2025

VIEIRA, Aliny Modesto Moura. **A homologação do acordo dos planos econômicos como forma de garantir o acesso à justiça e efetivar direitos**

individuais homogêneos. Dissertação - Centro Universitário do Instituto de Educação Superior de Brasília. Brasília, 2021.

AUTONOMÍA NACIONAL Y OBLIGACIONES POSITIVAS EN DERECHOS HUMANOS: ENTRE LA INTERPRETACIÓN INTERNA Y LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES

National Autonomy and Positive Obligations in Human Rights: Between Internal Interpretation and International Standards

Brenno Henrique de Oliveira Ribas[1]

Universidad de Alcalá

DOI: https://doi.org//10.62140/BHOR425840887

Sumário: 1. Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos; 2. Obligaciones Positivas y la Autonomía Nacional; 3. La Expansión de las Obligaciones Positivas y los Límites de la Soberanía Estatal; 4. El Papel de los Tribunales Internacionales en la Interpretación de las Obligaciones Positivas; 5. La Conciliación entre Estándares Internacionales y la Realidad Nacional; Consideraciones Finales.

Resumen: El presente estudio analiza la relación entre la autonomía nacional y las obligaciones positivas en derechos humanos, considerando el equilibrio entre la interpretación interna de los Estados y los estándares internacionales. La investigación examina la evolución conceptual de los derechos humanos, la expansión de las obligaciones estatales y el papel de los tribunales internacionales en la definición de estas obligaciones. Además, se discute la necesidad de conciliar los estándares internacionales con las realidades nacionales, garantizando la protección efectiva de los derechos fundamentales sin comprometer la soberanía estatal.
Palabras clave: Derechos Humanos; Obligaciones Positivas; Autonomía Nacional; Tribunales Internacionales; Estándares Internacionales.

Abstract: This study analyzes the relationship between national autonomy and positive obligations in human rights, considering the balance between states' internal interpretation and international standards. The research examines the conceptual evolution of human rights, the expansion of state obligations, and the role of international courts in defining these obligations. Furthermore, it discusses the need to reconcile international

[1] Professor. Doutorando em Direito pela Universidade de Alcalá, Espanha. Mestre em Ciências Jurídico-Publicísticas pela Universidade Lusófona do Porto, Portugal. E-mail: brennoribas.jus@gmail.com

standards with national realities, ensuring the effective protection of fundamental rights without compromising state sovereignty.

Keywords: Human Rights; Positive Obligations; National Autonomy; International Courts; International Standards.

1. Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos

Los derechos humanos son una construcción histórica y jurídica fundamentada en la dignidad inherente a todos los individuos. Según Escobar Roca (2005, p. 16), los derechos humanos pueden definirse como garantías fundamentales que buscan asegurar la libertad, la igualdad y la dignidad de cada persona frente al Estado y la sociedad. Esta concepción ha evolucionado a lo largo del tiempo, incorporando nuevas dimensiones y ampliando su ámbito de protección.

El contenido de los derechos humanos abarca un amplio conjunto de prerrogativas, tradicionalmente divididas en tres generaciones. La primera generación comprende los derechos civiles y políticos, como la libertad de expresión y el derecho a la vida. La segunda generación se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud y a la educación. Finalmente, la tercera generación incluye los derechos difusos y colectivos, como el derecho a un medio ambiente saludable y a la autodeterminación de los pueblos (Escobar Roca, 2005, p. 27).

Los sujetos de los derechos humanos también han experimentado una evolución. Inicialmente, solo se consideraban los individuos, pero con el tiempo se ha reconocido la titularidad de estos derechos a grupos sociales e incluso a entidades jurídicas en algunos casos. Además, los Estados son simultáneamente destinatarios de las obligaciones correlativas a los derechos humanos, correspondiéndoles respetar, proteger y promover tales derechos (Escobar Roca, 2005, p. 33).

La evolución de los derechos humanos está estrechamente ligada al desarrollo de tratados internacionales y a la actuación de organismos multilaterales. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 fue un hito en este proceso, estableciendo principios fundamentales para la protección de la dignidad humana. Posteriormente, tratados regionales e internacionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reforzaron y ampliaron este marco normativo.

Además de los tratados internacionales, la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos ha desempeñado un papel fundamental en la interpretación y ampliación del alcance de los derechos humanos. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros tribunales internacionales han contribuido a consolidar la responsabilidad de los Estados en la promoción y garantía de estos derechos.

Por último, la efectividad de los derechos humanos no depende solo de normas internacionales, sino también de la participación activa de la sociedad civil y de instituciones nacionales. Organizaciones no gubernamentales, académicos y activistas desempeñan un papel crucial en la supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales y en la promoción de políticas públicas que refuercen la protección de los derechos fundamentales.

2. Obligaciones Positivas y la Autonomía Nacional

Las obligaciones positivas en materia de derechos humanos han sido cada vez más enfatizadas en la jurisprudencia internacional. Según Dickson (2004, p. 203), la evolución del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) indica un cambio desde la mera abstención estatal hacia una actuación proactiva en la garantía de los derechos fundamentales.

Esta comprensión se refuerza con Lavrysen (2016, p. 17), quien argumenta que la existencia de obligaciones positivas deriva de la necesidad de una protección efectiva de los derechos garantizados. Al considerar esta evolución, resulta evidente que los Estados ya no pueden limitar su actuación únicamente a la prevención de violaciones, sino que también deben promover condiciones que garanticen el pleno disfrute de los derechos humanos.

No obstante, la autonomía nacional puede entrar en conflicto con estas obligaciones. El concepto de "margen de apreciación", según lo expuesto por Stoyanova (2023, p. 5), permite a los Estados ajustar la implementación de las obligaciones internacionales de acuerdo con sus realidades internas, evitando un exceso de intervencionismo internacional.

Sin embargo, esta autonomía no es ilimitada, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reafirmado la necesidad de medidas adecuadas para garantizar la efectividad de los derechos, como destaca García (2019, p. 180). La interpretación de las obligaciones positivas, por tanto, debe ser equilibrada para respetar las particularidades nacionales sin comprometer los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Las obligaciones positivas pueden dividirse en dos grandes grupos: obligaciones sustantivas y obligaciones procesales. Las primeras se refieren al deber del Estado de tomar medidas concretas para garantizar el ejercicio de determinados derechos, como la implementación de políticas públicas dirigidas a la salud y la educación. En cambio, las obligaciones procesales están relacionadas con el deber de investigar y sancionar violaciones de derechos humanos, asegurando el acceso a la justicia para las víctimas (Lavrysen, 2016, p. 35).

La implementación de las obligaciones positivas también requiere la capacitación y el fortalecimiento de las instituciones estatales. Para que los Estados cumplan con sus responsabilidades, es esencial contar con una estructura administrativa y judicial eficiente, así como con recursos suficientes

para la aplicación de las políticas de derechos humanos. En muchos casos, los organismos internacionales brindan apoyo técnico y financiero para ayudar a los Estados en esta tarea (Shelton, 2001, p. 60).

Por último, la cooperación internacional desempeña un papel fundamental en la concreción de las obligaciones positivas. Los Estados pueden compartir buenas prácticas, establecer mecanismos de supervisión mutua y colaborar en iniciativas regionales para fortalecer la protección de los derechos humanos. Este enfoque colaborativo permite que los estándares internacionales se adapten a las realidades locales sin comprometer la efectividad de las normas (García, 2019, p. 190).

3. La Expansión de las Obligaciones Positivas y los Límites de la Soberanía Estatal.

La expansión de las obligaciones positivas puede observarse en la creciente exigencia de que los Estados adopten medidas preventivas y correctivas para garantizar los derechos humanos. El caso Kurt v. Austria, analizado por Stoyanova (2023, p. 12), ejemplifica esta tendencia al demostrar cómo la inactividad estatal puede constituir una violación de los derechos garantizados por el CEDH.

Esta evolución refleja una comprensión creciente de que la mera no intervención estatal no es suficiente para garantizar los derechos fundamentales. Los Estados deben desarrollar políticas públicas eficaces que aseguren la protección de individuos y grupos vulnerables. La omisión estatal puede, por lo tanto, interpretarse como una negligencia en la garantía de los derechos humanos.

Por otro lado, la autonomía nacional impone límites a la expansión de estas obligaciones. Según Shelton (2001, p. 50), la responsabilidad estatal

por omisiones debe equilibrarse para evitar una transferencia excesiva de decisiones a tribunales internacionales.

Este dilema se refleja en el hecho de que las medidas exigidas pueden variar según el contexto específico de cada país, como discute Sturma (2020, p. 7), quien destaca la necesidad de considerar el principio de proporcionalidad en la imposición de obligaciones positivas.

El respeto a la soberanía estatal implica que cada país tenga un cierto grado de libertad para adaptar las normas internacionales a su realidad interna. Sin embargo, dicha adaptación no puede traducirse en una reducción de la protección de los derechos humanos.

Además, la relación entre obligaciones positivas y soberanía estatal plantea cuestionamientos sobre la legitimidad de las intervenciones internacionales. Si bien las normas supranacionales garantizan una protección mínima, también es necesario respetar la diversidad política y jurídica de los Estados, asegurando que los mecanismos de implementación sean adecuados a cada realidad específica.

4. El Papel de los Tribunales Internacionales en la Interpretación de las Obligaciones Positivas.

La jurisprudencia internacional ha sido fundamental para definir los contornos de las obligaciones positivas de los Estados. Lavrysen (2016, p. 35) observa que el CEDH, a través del Tribunal Europeo, ha desarrollado un enfoque casuístico para evaluar si un Estado ha cumplido con sus obligaciones positivas.

El desafío radica en el hecho de que, según argumenta Cambero Quezada (2022, p. 92), la interferencia de los tribunales internacionales puede percibirse como una amenaza a la soberanía estatal.

No obstante, Garcia (2019, p. 177) sostiene que la integración entre el derecho internacional y las normas internas es necesaria para garantizar la protección efectiva de los derechos humanos, destacando que los tribunales nacionales también desempeñan un papel crucial en la implementación de estas obligaciones.

Ante este escenario, es esencial que los tribunales internacionales y nacionales colaboren para asegurar una interpretación coherente de las obligaciones positivas. La cooperación entre estas instancias puede fortalecer la efectividad de los derechos humanos sin comprometer la soberanía estatal.

Además, es fundamental que los tribunales consideren la evolución social y política de los países al interpretar las obligaciones positivas. Un enfoque dinámico y flexible puede permitir que las normas internacionales se apliquen de manera eficiente sin ignorar las particularidades locales.

Otro punto relevante es la evolución de los criterios utilizados por los tribunales internacionales para determinar la responsabilidad estatal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha aplicado el principio de proporcionalidad para evaluar hasta qué punto los Estados deben actuar para garantizar los derechos fundamentales, equilibrando la necesidad de intervención estatal con la preservación de las libertades individuales (Lavrysen, 2016, p. 40).

Además del Tribunal Europeo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha desempeñado un papel esencial en la expansión de las obligaciones positivas de los Estados. Casos emblemáticos han determinado que los países deben adoptar medidas concretas para prevenir violaciones de derechos humanos, reforzando la idea de que el mero reconocimiento formal de los derechos no es suficiente para garantizar su efectividad (Cambero Quezada, 2022, p. 105).

Por último, el impacto de las decisiones de los tribunales internacionales va más allá de las partes involucradas en los litigios. La jurisprudencia consolidada influye en las legislaciones nacionales, inspira reformas políticas y contribuye a la construcción de un derecho internacional más sólido y coherente. El diálogo entre tribunales nacionales e internacionales, por tanto, debe ser incentivado para fortalecer la protección de los derechos humanos a escala global.

5. La Conciliación entre Estándares Internacionales y la Realidad Nacional

La relación entre los estándares internacionales de derechos humanos y las realidades nacionales es un tema central en el debate jurídico contemporáneo. La aplicación de estos estándares no siempre ocurre de manera uniforme, ya que cada país posee características políticas, económicas y culturales que influyen en la implementación de las normas internacionales. Según Stoyanova (2023, p. 20), los tribunales internacionales deben considerar tales particularidades para garantizar la eficacia de las obligaciones positivas sin comprometer la autonomía nacional.

La armonización entre estas dos esferas requiere un equilibrio cuidadoso. Por un lado, la adhesión a tratados y convenciones internacionales impone la necesidad de observar normas universalmente aceptadas. Por otro, la soberanía de los Estados les otorga el derecho de interpretar y aplicar dichas normas conforme a sus realidades específicas. Este dilema es particularmente evidente en cuestiones como la libertad de expresión, los derechos laborales y la protección de minorías, donde diferentes tradiciones jurídicas pueden generar enfoques distintos (Dickson, 2004, p. 210).

Para evitar conflictos, muchos Estados optan por mecanismos de incorporación gradual de las normas internacionales al derecho interno. Este

proceso puede llevarse a cabo a través de reformas legislativas, jurisprudencia progresista o políticas públicas orientadas a la efectividad de los derechos humanos. De acuerdo con García (2019, p. 185), la adaptación de las normas internacionales a las condiciones locales fortalece la aceptación y la eficacia de los derechos protegidos.

Sin embargo, dicha adaptación no puede utilizarse como pretexto para reducir el nivel de protección de los derechos humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el margen de apreciación de los Estados debe ser compatible con los principios fundamentales del Convenio Europeo. Esta directriz busca evitar que los gobiernos justifiquen violaciones de derechos bajo el argumento de especificidades nacionales (Lavrysen, 2016, p. 38).

Otro aspecto relevante es el papel de las organizaciones internacionales y regionales en la mediación de estos conflictos. Instituciones como la ONU, la OEA y la Unión Europea desempeñan un papel fundamental en la promoción del diálogo entre los estándares internacionales y las realidades locales. Estas organizaciones ofrecen asistencia técnica, monitoreo de políticas y espacios de debate que contribuyen a la construcción de soluciones equilibradas (Cambero Quezada, 2022, p. 100).

Además, la participación de la sociedad civil y de actores no estatales es crucial para esta conciliación. Organizaciones de derechos humanos, académicos y sectores privados pueden actuar como mediadores entre las exigencias internacionales y las necesidades locales, promoviendo iniciativas que respeten la cultura jurídica nacional sin comprometer la protección de los derechos fundamentales (Shelton, 2001, p. 55).

Por último, es fundamental reconocer que la conciliación entre estándares internacionales y realidades nacionales no es un proceso estático, sino dinámico. Constantemente surgen nuevos desafíos que exigen ajustes en las interpretaciones y aplicaciones de las normas. La experiencia de distintos

países demuestra que la flexibilidad y el diálogo continuo son elementos esenciales para garantizar la eficacia de las obligaciones positivas sin comprometer la soberanía estatal (Sturma, 2020, p. 10).

Consideraciones Finales

El estudio de la relación entre la autonomía nacional y las obligaciones positivas en derechos humanos revela una compleja interacción entre la soberanía estatal y la necesidad de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales. Si bien los Estados tienen la prerrogativa de adaptar la implementación de las normas internacionales a sus realidades internas, esta autonomía no puede utilizarse como justificación para reducir el nivel de protección de los derechos humanos.

La evolución del derecho internacional demuestra que las obligaciones positivas son fundamentales para asegurar que los derechos humanos no solo sean reconocidos formalmente, sino también efectivizados en la práctica. Los tribunales internacionales y los organismos multilaterales desempeñan un papel esencial en este proceso, al monitorear e incentivar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados.

La ampliación de las obligaciones positivas refleja la necesidad de un enfoque más proactivo por parte de los Estados, exigiendo no solo la abstención de interferencias indebidas, sino también la adopción de medidas concretas para promover y proteger los derechos humanos. Este cambio de paradigma es visible en áreas como la lucha contra la discriminación, la protección de minorías y la garantía de acceso a la justicia.

Sin embargo, la implementación de estas obligaciones no está exenta de desafíos. La escasez de recursos, la resistencia política y las diferencias culturales pueden dificultar la aplicación uniforme de las normas

internacionales. Para enfrentar estos desafíos, es necesario que los Estados inviertan en el fortalecimiento de sus instituciones y en la capacitación de sus agentes públicos.

La conciliación entre los estándares internacionales y las realidades nacionales exige un esfuerzo continuo de diálogo y cooperación. Estrategias de adaptación gradual, asociaciones internacionales y la participación de la sociedad civil son elementos clave para garantizar que las obligaciones positivas se implementen de manera eficaz y sostenible.

Además, la protección de los derechos humanos no debe considerarse un obstáculo para la soberanía, sino un compromiso esencial para el desarrollo democrático y la justicia social. El respeto a las obligaciones positivas fortalece el Estado de derecho y contribuye a la construcción de sociedades más justas e igualitarias.

De esta manera, la búsqueda del equilibrio entre la autonomía nacional y los estándares internacionales debe estar guiada por el principio de la dignidad humana y la responsabilidad colectiva en la promoción de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cambero Quezada, G. (2022). *La responsabilidad patrimonial del Estado y la reparación en el contexto del Derecho Internacional de Derechos Humanos*.

Dickson, B. (2004). *Positive obligations and the European Court of Human Rights*. NILQ 61(3), 203–208.

Escobar Roca, G. (2005). *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Trama Editorial.

Garcia, R. (2019). *State responsibility and positive obligations in the European Court of Human Rights*. Leiden Journal of International Law, 33, 177–187.

Lavrysen, L. (2016). *The scope of rights and the scope of obligations: Positive obligations*. In E. Brems & J. Gerards (Eds.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights*.

Shelton, D. (2001). *Remedies and Reparation*.

Stoyanova, V. (2023). *Framing Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*. Human Rights Law Review, 23, 1–34.

Sturma, P. (2020). *State Responsibility and the European Convention on Human Rights*. Prague Seminar, September 2020.

O USO DO RECONHECIMENTO FACIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA: PROTEÇÃO OU AMEAÇA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO?

The Use of Facial Recognition in Public Security: Protection or Threat to Fundamental Rights?

Bruna Rey[1]

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Caroline Francescato[2]

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

DOI: https://doi.org//10.62140/BRCF242380728

Sumário: 1. Introdução; 2. Reconhecimento Facial e seus Impactos nos Direitos Fundamentais; 3. Teste de Proporcionalidade: o paradoxo entre segurança pública e Direitos Humanos; 4. Perspectivas Regulatórias: o EU AI Act como Referência; 5. Conclusão.

Resumo: Este artigo explora os desafios jurídicos enfrentados diante da utilização de sistemas de reconhecimento facial na segurança pública, enfatizando os riscos de violação aos direitos fundamentais da população, tais como o direito à privacidade, à proteção de dados pessoais e à liberdade de expressão. Para tanto, analisa, inicialmente, o caso Glukhin v. Rússia, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o qual inaugurou o debate sobre os impactos do reconhecimento facial (FRT) nos direitos humanos, bem como os critérios adotados pelo TDEH, como o teste de proporcionalidade. Após, investiga o EU AI Act como um modelo regulatório e suas diretrizes para a limitação do reconhecimento facial como um modelo a ser seguido pelo Brasil. O problema proposto é a análise da

[1] Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES/PROEX. Graduada em Direito pela Escola de Direito da PUCRS. E-mail: bruna.rey@hotmail.com.

[2] Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa CAPES/PROEX. Graduada em Direito pela Escola de Direito da PUCRS. E-mail: francescatocaroline@gmail.com.

compatibilidade entre o uso dessa tecnologia e a proteção das liberdades individuais, especialmente diante dos riscos de repressão política, discriminação algorítmica e restrição de direitos fundamentais. Mediante a técnica de pesquisa bibliográfica e documental e por meio de abordagem exegética e comparativa, a pesquisa conclui que a crescente implementação dessa tecnologia, seja de forma pública, seja de forma privada, exige um marco regulatório robusto capaz de mitigar riscos e garantir que seu uso seja alinhado aos princípios do Estado de Direito.
Palavras-chave: Reconhecimento facial; Vigilância em massa; Direitos humanos; Teste de proporcionalidade; Regulamentação de IA.

Abstract: This article explores the legal challenges faced by the use of facial recognition systems in public security, emphasizing the risks of violating the fundamental rights of the population, such as the right to privacy, the protection of personal data, and freedom of expression. To this end, it initially analyzes the case of Glukhin v. Russia, judged by the European Court of Human Rights (ECHR), which inaugurated the debate on the impacts of facial recognition (FRT) on human rights, as well as the criteria adopted by the TDH, such as the proportionality test. Then, it verifies the existing legislation on the subject, investigating the EU AI Act as a regulatory model and analyzing its guidelines for the limitation of facial recognition and its implications for Brazil. The proposed problem is the analysis of the compatibility between the use of this technology and the protection of individual freedoms, especially in the face of the risk of political repression, algorithmic discrimination and restriction of fundamental rights. Through the technique of bibliographic and documentary research and through an exegetical and comparative approach, the research concludes that the growing implementation of this technology, whether publicly or privately, requires a robust regulatory framework capable of mitigating risks and ensuring that its use is aligned with the principles of the Rule of Law.
Keywords: Facial Recognition; Mass surveillance; Human rights; Proportionality test; AI regulation.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos observados nos últimos tempos, com a utilização cada vez mais frequente e apurada de inteligência artificial, impulsionaram o uso de tecnologias de biometria - que permitem a identificação, verificação e classificação de indivíduos – para diversas finalidades, como segurança pública, controle de fronteiras, sistemas de saúde, transações financeiras, marketing, entre outros.

No Brasil, o reconhecimento facial (FRT) também já tem sido incorporado por diversos estados, como Bahia e Goiás, os quais, desde 2013 e 2014, respectivamente, fazem uso desta tecnologia para controle da segurança pública, por meio de câmeras nas estações de metrô, aeroporto, estágio de futebol e em terminais rodoviários (Radar Tecnológico: Biometria, 2024, p. 26).

Apesar de, teoricamente, a utilização desta tecnologia trazer benefícios à sociedade, o seu rápido e desenfreado crescimento traz preocupações cruciais sobre a proteção da privacidade, a segurança dos dados e as consequências éticas de sua implementação, tendo em vista que os dados biométricos utilizados se tratam de dados sensíveis e são capazes de alcançar massas populacionais, inclusive grupos vulneráveis.

Deste modo, o presente trabalho possui a seguinte problemática: a utilização do reconhecimento facial na segurança pública representa uma ameaça aos direitos fundamentais da população? Assim, a realização desta pesquisa justifica-se para analisar a compatibilidade entre o uso desta tecnologia e a proteção das liberdades individuais, especialmente diante do risco de repressão política, discriminação algorítmica e restrição de direitos fundamentais.

Parte-se da hipótese de que essa tecnologia, quando utilizada sem restrições adequadas, compromete liberdades individuais, especialmente no contexto da segurança pública. Assim, busca-se entender como a abordagem restritiva adotada pelo EU AI Act pode contribuir e servir de parâmetro para que outros países, como o Brasil, possam lidar com a regulamentação do reconhecimento facial (FRCT) e fazer uso desta tecnologia no âmbito da segurança pública sem comprometer direitos fundamentais da população.

A pesquisa utiliza como metodologia a revisão de literatura, baseada em livros e artigos científicos. Além disso, adota uma abordagem exegética e comparativa, utilizando o teste de proporcionalidade para avaliar a

compatibilidade entre o uso governamental da tecnologia e o respeito aos direitos humanos.

2. RECONHECIMENTO FACIAL E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A biometria é a ciência que permite a identificação de alguém mediante a análise de atributos fisiológicos, como, por exemplo, impressão digital, face, íris e geometria, ou também mediante a análise de comportamentais mensuráveis, como expressão facial, assinatura, modo de andar, entre outros (TEFFE, 2022, p. 149). Dentre as tecnologias de biometria, merece destaque a tecnologia de reconhecimento facial (FRT), a qual é capaz de identificar, autenticar e, inclusive, classificar indivíduos por meio da análise de características extraídas de imagens ou vídeos.

No cenário mundial, a biometria, em especial a tecnologia de reconhecimento facial, tem sido utilizada para os mais diversos propósitos, como no controle de fronteiras e aeroportos, na segurança pública, em sistemas de saúde, em transações financeiras e pagamento, no marketing e no controle de acesso de computadores, celulares, condomínios, prédios públicos, etc.

Ao mesmo tempo em que a utilização desta tecnologia traz inúmeros benefícios à sociedade - principalmente no tocante à segurança pública, por permitir uma identificação rápida e precisa dos indivíduos - traz, por outro lado, diversos desafios jurídicos diante dos riscos de violação à privacidade, aos direitos e às liberdades civis.

E é justamente neste sentido que o caso Glukhin v. Rússia, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), representa um marco no debate jurídico no que diz respeito à utilização da tecnologia de reconhecimento facial na segurança pública e à intersecção entre vigilância estatal e direitos humanos na era digital.

No caso em comento, Dmitry Glukhin realizou, em 23 de agosto de 2019, uma manifestação solo no metrô de Moscou, carregando um cartaz de papelão com a imagem de Konstantin Kotov, ativista político condenado sob acusações controversas. Após capturar imagens de Glukhin publicadas em um canal público do Telegram, a polícia russa, por meio da tecnologia de reconhecimento facial, confrontou estas imagens com gravações de câmeras instaladas em estações do metrô, o que permitiu a identificação e localização de Glukhin, culminando em sua prisão no mesmo dia.

Muito embora o governo russo jamais tenha admitido o uso de FRT no caso, Glukhin foi acusado de violar procedimentos para a realização de manifestações públicas, tendo sido condenado com base em uma lei nacional, a qual exige notificação prévia para utilização de "objetos rapidamente desmontáveis", como o cartaz de papelão.

Após esgotar os recursos internos, Glukhin recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), alegando que sua prisão, fundamentada em tecnologia de vigilância, representava uma violação aos direitos garantidos pelos Artigos 8, 10 e 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), quais sejam, o respeito pela vida privada e familiar, a liberdade de expressão e a liberdade de reunião e de associação.

Ao julgar o caso, o TEDH entendeu pela violação dos artigos 8 e 10 da CEDH, sob os fundamentos de que o uso do FRT para monitorar, identificar, prender e processar Glukhin teria representado uma grave interferência no direito à vida privada, bem como que as ações das autoridades russas teriam interferido injustificadamente no direito à liberdade de expressão de Glukhin, considerando que ele exercia, de forma pacífica, sua opinião sobre uma questão de interesse público. Assim, o Tribunal concluiu que a repressão, por meio da utilização de ferramentas de vigilância, de uma manifestação pacífica teria evidenciado a desproporcionalidade da medida estatal, bem como que a utilização da FRT, sem as devidas salvaguardas contra abusos e

sem supervisão adequada, seria incompatível com os valores de uma sociedade democrática.

Para avaliar a legitimidade da interferência estatal, o Tribunal utilizou-se do teste de proporcionalidade, reconhecendo que, ao manifestar uma opinião sobre questão de evidente interesse público, Glukhin estaria exercendo seu direito à liberdade de expressão, o que restringe de forma significativa as exceções admissíveis à proteção deste direito, conforme os princípios estabelecidos pela Convenção. Assim, destacou a importância de garantir que restrições à liberdade de expressão sejam fundamentadas em critérios objetivos, devidamente equilibrados e proporcionais aos objetivos legítimos que buscam alcançar, elementos indispensáveis para assegurar uma sociedade democrática.

A decisão em questão ressaltou, também, o elevado nível de intrusão representado pela utilização de FRT ao vivo, especialmente ao processar dados sensíveis capazes de revelar opiniões políticas, razão pela qual seria indispensável uma proteção legal ainda mais rigorosa que defina, de forma clara e detalhada, as condições que justificariam o uso do FRT, sua finalidade específica, as categorias de pessoas que poderiam ser alvo e as regras para o tratamento destes dados sensíveis.

Por tais razões, o caso Glukhin v. Rússia tornou-se um marco paradigmático sobre a possibilidade de utilização de tecnologias de reconhecimento facial (FRT) para a vigilância da população e a sanção de indivíduos que exercem seus direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito à vida privada. Em outros países, como a China, também já tem ocorrido casos de vigilância massiva com o uso do FRT, o que tem gerado grande preocupação. Na província de Xinjiang, por exemplo, essa tecnologia foi empregada para monitorar e oprimir pessoas da minoria étnica Uigur, o que revela os impactos potencialmente devastadores desse tipo de prática (APC, 2021).

No Brasil, a tecnologia do FRT também já tem sido utilizada, no âmbito da segurança pública, por diversos estados, como Bahia, Goiás, Ceará, São Paulo e Rio de Janeiro. No estado da Bahia, o sistema de reconhecimento facial capturou mais de 4,3 milhões de imagens, que culminaram em 42 detenções pela polícia (Farol da Bahia, 2020), enquanto que, no estado do Ceará, onde a tecnologia é aplicada em smartphones da força policial, são capturados rostos de suspeitos quando as autoridades se aproximam (*Access Now*, 2021). De acordo com estudo realizado pela *Access Now* (*Access Now*, 2021), a grande preocupação em relação a este uso gira em torno da falta de transparência dos estados quanto aos acertos e erros destas tecnologias aplicadas à segurança pública, o que pode ensejar a violação de direitos fundamentais.

Dentre os diversos riscos da utilização desta tecnologia, destacam-se: a) efeitos discriminatórios de ordem racial, social, étnica, econômica, etc., em razão do enviesamento de normas culturais e sociais dos envolvidos no tratamento dos dados biométricos; b) constrangimento às pessoas em decorrência de falha de identificação; e c) violações a diversos direitos fundamentais, como privacidade, proteção de dados pessoais e liberdade de expressão. Por esta razão, havendo limitação a direitos fundamentais pela aplicação de determinada medida, faz-se necessária análise criteriosa baseada no teste de proporcionalidade, como será abordado no próximo tópico.

3. TESTE DE PROPORCIONALIDADE: O PARADOXO ENTRE SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS.

Conforme defendido pela doutrina, havendo qualquer limitação a direitos fundamentais, faz-se necessária uma análise criteriosa que exige três etapas principais. Em um primeiro momento, deve-se analisar se há um propósito legítimo para a interferência ao direito, isto é, se a medida atende a um objetivo específico. Posteriormente, deve-se analisar a proporcionalidade,

ou seja, se os meios adotados são adequados para alcançar o objetivo e se não existem alternativas menos restritivas para se chegar ao mesmo fim. Por fim, visando a garantia de que a medida seja compatível com os valores de uma sociedade democrática, deve-se analisar as cláusulas de restrição geral previstas (BOGDANDY, 2011, p. 610).

Esta análise aprofundada, também conhecida como teste de três níveis, permite uma revisão substancial das razões apresentadas para justificar as interferências e restrições aos direitos fundamentais. Justamente por isso, torna-se fundamental a atribuição de parâmetros para o equilíbrio de interesses no que diz respeito à avaliação da proporcionalidade, uma vez que, é através desta técnica, que se torna possível a imposição de limites racionais às atividades estatais (ALEXY, 2002, p. 599).

Neste mesmo sentido, o professor Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 235) afirma que todo e qualquer ato que restringe um direito fundamental deve passar pelo critério da proporcionalidade, o qual envolve uma análise em três etapas: (1) adequação, em que se verifica se o meio utilizado é capaz de alcançar o fim proposto; (2) necessidade, também chamada de exigibilidade ou menor sacrifício, que exige a escolha do meio que menos restringe o direito entre as opções disponíveis; e (3) proporcionalidade em sentido estrito, que se aproxima da razoabilidade e envolve a ponderação.

No contexto do uso de FRT na segurança pública - ainda que esta tecnologia possa contribuir de forma significativa no combate à criminalidade, garantindo a segurança e o bem estar da população - o cumprimento rigoroso desses critérios é essencial para equilibrar os potenciais benefícios da tecnologia para a segurança estatal com a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais, evitando abusos e garantindo o respeito aos princípios democráticos.

Isto porque os avanços tecnológicos e a integração de grandes volumes de dados (*big data*) viabilizaram a coleta sistemática, o registro e a

classificação de informações sobre indivíduos e instituições, o que, combinado ao uso do FRT, amplia significativamente a possibilidade de controle e monitoramento estatal, dificultando a delimitação clara de alvos e, muitas vezes, resultando em vigilância indiscriminada de toda a população (BRAYNE, 2017, p. 977-1008).

E, ainda que alguns órgãos governamentais considerem a tecnologia do FRT o método mais eficiente para gestão de risco, considerando índices de criminalidade e violência, há poucos esclarecimentos e transparência sobre o tratamento dos dados pessoais e seu compartilhamento, bem como as medidas de segurança necessárias que são adotadas pelos controladores, hipóteses legais e finalidades (FRANQUEIRA; HARTMANN; SILVA, 2021).

Assim, o teste de proporcionalidade impõe limites racionais às atividades estatais, garantindo que eventuais restrições a direitos fundamentais sejam devidamente justificadas. Neste cenário, primeiramente, caberia analisar se a medida adotada alcançaria o fim almejado, o qual, no contexto do FRT, poderia ser, por exemplo, a identificação do criminoso (adequação). Secundariamente, se a medida adotada seria realmente necessária para se alcançar o fim ou se a adoção de outras medidas menos gravosas, como o trabalho policial ou apenas a utilização de câmeras de vigilância, por exemplo, poderiam cumprir a mesma finalidade (necessidade). E, por fim, se os benefícios do uso do FRT superariam todos os potenciais danos, como, por exemplo, discriminação algorítmica e afronta à liberdade de expressão (ponderação).

Sobre as indagações à luz do princípio da proporcionalidade, no caso do FRT, a adequação parece evidente, dado o seu potencial para aumentar a eficiência na segurança pública, especialmente em contextos de alta criminalidade. No entanto, a necessidade é controversa, haja vista que alternativas menos invasivas, como o trabalho policial tradicional, ainda que possam ser menos eficazes e mais onerosas, também poderiam servir à

função. E quanto à compatibilidade com valores democráticos, a utilização do FRT se mostra crítica, considerando os riscos de discriminação, com taxas ainda mais altas de erros em grupos demográficos específicos.

Exemplos internacionais reforçam essa necessidade de cuidado. No Reino Unido, o uso policial do FRT gerou controvérsias sobre a legalidade e proporcionalidade[3], enquanto nos Estados Unidos, projetos como o Facial Recognition and Biometric Technology Moratorium Act de 2020[4] buscam limitar seu uso devido a preocupações com privacidade.

Na União Europeia, o debate sobre o EU AI Act reflete essas tensões, com propostas de proibir certas práticas, como a coleta não autorizada de dados biométricos para bases de FRT, permitindo seu uso apenas em casos específicos, como buscar pessoas desaparecidas, com autorizações judiciais. Essa abordagem incorpora o teste de proporcionalidade ao exigir que o uso seja necessário, proporcional e sujeito a salvaguardas, como limites de retenção de dados e supervisão independente, alinhando-se às etapas de adequação, necessidade e ponderação.

---

[3] O Parlamento do Reino Unido, por meio do Comitê de Justiça e Assuntos Internos, iniciou uma investigação sobre o uso de tecnologia de reconhecimento facial ao vivo pelas forças policiais na Inglaterra e no País de Gales. Representantes das forças policiais e da fornecedora de algoritmos biométricos NEC defendem que a tecnologia auxilia na captura de criminosos e localização de vítimas, minimizando invasões de privacidade. Entretanto, especialistas jurídicos questionam a legalidade e as possíveis consequências do uso indevido dessa tecnologia. Dados indicam que, em 2023, a Polícia de South Wales escaneou mais de 819.000 rostos sem erros, refletindo melhorias nos algoritmos e redução de falsos positivos. Apesar disso, debates sobre a proporcionalidade e legalidade do uso do reconhecimento facial persistem. BIOMETRIC UPDATE. UK police use of facial recognition probed by lawmakers. 12 dez. 2023. Disponível em: https://www.biometricupdate.com/202312/uk-police-use-of-facial-recognition-probed-by-lawmakers. Acesso em: 26 fev. 2025.

[4] O "Facial Recognition and Biometric Technology Moratorium Act of 2020" foi apresentado no 116º Congresso dos Estados Unidos, mas não foi votado nem aprovado durante aquela sessão legislativa. Posteriormente, o projeto foi reintroduzido em sessões subsequentes do Congresso, incluindo em março de 2023, mas até o momento não foi aprovado. PRESSLEY, Ayanna. Pressley, Jayapal, Markey & Merkley Lead Colleagues on Bill to Ban Government Use of Facial Recognition and Other Biometric Technology. 7 mar. 2023. Disponível em: https://pressley.house.gov/2023/03/07/pressley-jayapal-markey-merkley-lead-colleagues-on-bill-to-ban-government-use-of-facial-recognition-and-other-biometric-technology/?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 26 fev. 2025.

4. PERSPECTIVAS REGULATÓRIAS: O EU AI ACT COMO REFERÊNCIA

O EU AI Act foi proposto, em 21 de abril de 2021, pela Comissão Europeia como resposta ao rápido avanço da inteligência artificial, a qual tem transformado setores como saúde, transporte e segurança, mas também tem apresentado riscos como o viés algorítmico, violações de privacidade e falta de transparência.

A União Europeia, desde sempre comprometida com a proteção de direitos fundamentais, como estabelecido na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, reconheceu a necessidade de um marco regulatório para categorizar sistemas de IA por níveis de risco (baixo, limitado, alto e inaceitável), promovendo inovação enquanto mitiga danos potenciais. Esse contexto foi moldado por relatórios, como o *White Paper on AI* de 2020, que destacou a urgência de regulamentação para garantir que a IA respeite valores democráticos e proteja cidadãos em um ambiente tecnológico em rápida evolução (*European Commission White Paper on AI*).

O surgimento do EU AI Act também reflete uma resposta a incidentes concretos que evidenciaram os riscos da IA desregulada. Por exemplo, estudos e relatórios, como os da Agência dos Direitos Fundamentais da UE, apontaram casos de discriminação em sistemas de IA usados em recrutamento e crédito, onde algoritmos reproduziram vieses de gênero e raciais. Além disso, a expansão do uso de IA em vigilância estatal, especialmente com tecnologias como reconhecimento facial (FRT), gerou preocupações com vigilância em massa e erosão de direitos de privacidade, intensificando o debate público.

Nesse passo, as motivações específicas para o EU AI Act incluem a necessidade de abordar tecnologias de alto risco, como o reconhecimento facial (FRT), amplamente utilizado em espaços públicos por forças de segurança e que levantou alarmes sobre vigilância em massa e violações de

direitos fundamentais. Incidentes, como o uso de FRT em Londres para identificar suspeitos sem consentimento claro, e estudos mostrando taxas mais altas de erros de identificação em grupos demográficos específicos, como pessoas de pele mais escura, destacaram o potencial de discriminação e viés algorítmico (*European Parliament Briefing AI Act*).

A falta de transparência no tratamento de dados pessoais, como coleta, armazenamento e compartilhamento, também foi um fator crítico levantado por meio de relatórios da AI Now Institute, que apontaram a ausência de *accountability* em sistemas de FRT, o que compromete a confiança pública. O EU AI Act responde a esses desafios ao classificar sistemas de IA usados em *law enforcement,* incluindo FRT como de alto risco e impondo requisitos como avaliações de conformidade, gestão de riscos e supervisão humana, conforme detalhado no Artigo 9 do proposto Act (European Commission Proposal for AI Act).

Além disso, dentre suas disposições, o Act regula o FRT em tempo real e remoto, classificando-o como uma prática de alto risco devido aos potenciais impactos na privacidade, discriminação e vigilância em massa. O Artigo 5 (1) é central para essa regulamentação, proibindo o uso de sistemas de IA para identificação remota em tempo real, exceto em casos específicos, como para autoridades policiais na prevenção, investigação, detecção ou persecução de crimes graves, incluindo a salvaguarda contra ameaças à segurança pública, desde que respeite os direitos fundamentais e estejam alinhados com a lei da UE e dos Estados-membros (European Commission Proposal for AI Act). Outra exceção, também prevista no Artigo 5, (1)(h)(i), permite o uso por autoridades públicas para a busca de pessoas desaparecidas ou para a identificação de vítimas de acidentes ou desastres, igualmente sujeitas a salvaguardas para direitos fundamentais e conformidade legal.

Dessa forma, a regulamentação estabelecida pelo EU AI Act representa um modelo robusto para países que buscam equilibrar inovação tecnológica com a proteção de direitos fundamentais. A abordagem adotada

pela União Europeia, que classifica sistemas de Inteligência Artificial (IA) em diferentes níveis de risco e impõe restrições proporcionais, demonstra a importância de um marco normativo claro e fundamentado.

Ademais, o teste de proporcionalidade incorporado no regulamento europeu também garante que restrições impostas a direitos fundamentais, como privacidade e liberdade individual, sejam justificadas e compatíveis com valores democráticos, conforme argumentado no tópico anterior. Por este motivo, o reconhecimento facial, por exemplo, é tratado como uma tecnologia de alto risco, permitindo seu uso apenas em situações específicas e com garantias adicionais de transparência e supervisão.

Esse modelo poderia servir de referência para o Brasil, onde a aplicação de FRT vem crescendo sem regulamentação específica, gerando riscos como discriminação algorítmica e vigilância excessiva (ACCESS NOW, 2021; FAROL DA BAHIA, 2020)[5]. No contexto brasileiro, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece princípios essenciais para a proteção de dados pessoais, mas ainda apresenta limitações quando aplicada a sistemas de reconhecimento facial, especialmente em segurança pública.

A ausência de diretrizes específicas sobre IA deixa espaço para abusos e violações de direitos, conforme evidenciado por relatórios do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), que apontam falta de transparência no uso de FRT e altas taxas de erro em sistemas implementados no país (FRANQUEIRA; HARTMANN; SILVA, 2021). Exemplos de uso indiscriminado incluem a implementação de reconhecimento facial no policiamento de cidades como Rio de Janeiro, onde a tecnologia tem sido

[5] No Brasil, tramita o Projeto de Lei nº 2338/23, que tem como objetivo estabelecer normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial (IA) no Brasil. Em seu artigo 15, prevê que "no âmbito de atividades de segurança pública, somente é permitido o uso de sistemas de identificação biométrica à distância, de forma contínua em espaços acessíveis ao público, quando houver previsão em lei federal específica e autorização judicial em conexão com a atividade de persecução penal individualizada, nos seguintes casos: I – persecução de crimes passíveis de pena máxima de reclusão superior a dois anos; II – busca de vítimas de crimes ou pessoas desaparecidas; ou III – crime em flagrante". Ainda, em seu artigo 17, inciso X, considera de alto risco os sistemas biométricos de identificação.

utilizada para monitoramento de multidões e identificação de suspeitos, sem garantias adequadas de proporcionalidade e supervisão (FAROL DA BAHIA, 2020). Essa realidade exige um arcabouço regulatório que estabeleça limites claros, supervisão humana e mecanismos de *accountability* para evitar distorções e abusos que possam comprometer a privacidade e a liberdade de expressão.

Assim, a adoção de um marco regulatório inspirado no EU AI Act poderia mitigar esses problemas ao estabelecer regras proporcionais para o uso de IA, garantindo que sua aplicação respeite os direitos fundamentais e seja pautada pela transparência e controle democrático. A regulação europeia mostra que é possível equilibrar inovação tecnológica e proteção de direitos, criando salvaguardas para impedir práticas abusivas, como o uso indiscriminado de FRT em espaços públicos.

Neste sentido, a experiência da União Europeia demonstra que regulamentar não significa inibir o desenvolvimento da inteligência artificial e da tecnologia, mas sim direcioná-las para finalidades legítimas, seguras e eticamente responsáveis. No Brasil, a implementação de normas semelhantes traria maior segurança jurídica tanto para empresas quanto para cidadãos, além de fortalecer a confiança pública na adoção dessas tecnologias. A urgência dessa regulamentação é evidente, pois a ausência de regras claras pode resultar em danos irreparáveis à democracia e aos direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

A crescente implementação da tecnologia de reconhecimento facial (FRT) na segurança pública requer uma abordagem cuidadosa para equilibrar os benefícios em termos de segurança com a proteção dos direitos fundamentais da população. O caso Glukhin v. Rússia, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, destacou a necessidade de aplicar o teste de proporcionalidade para avaliar a compatibilidade entre o uso governamental da FRT e o respeito aos direitos humanos.

O teste de proporcionalidade, composto por três etapas - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - é fundamental para determinar se a interferência no exercício de direitos fundamentais é justificável. No contexto da FRT, o propósito legítimo é a segurança pública, e a tecnologia deve ser adequada e necessária para alcançar esse objetivo, sem haver alternativas menos restritivas. Além disso, os benefícios da FRT devem superar os prejuízos aos direitos fundamentais, como privacidade e liberdade de expressão.

Neste compasso, a legislação do EU AI Act fornece uma referência valiosa, pois proíbe práticas específicas de FRT, como a coleta indiscriminada de imagens faciais, e impõe restrições ao seu uso por parte das forças de segurança, com exceções bem definidas e sob supervisão judicial (*Provisions on prohibited AI practices in EU AI Act*).

Dessa forma, para aplicar efetivamente o teste de proporcionalidade em casos de vigilância estatal usando FRT, é crucial: (1) Definir claramente o propósito legítimo do uso da FRT, limitando-se a casos de crimes sérios ou ameaças significativas à segurança pública. (2) Demonstrar que a FRT é adequada e necessária para alcançar esse propósito, não havendo outros métodos menos intrusivos que possam ser igualmente eficientes. (3) Assegurar que o uso da FRT é proporcional em sentido estrito, ou seja, que os benefícios para a sociedade superam os custos em termos de privacidade e outras liberdades individuais. (4) Estabelecer mecanismos de supervisão e transparência para monitorar o uso da FRT (*accountability*) e garantir que não haja abuso ou discriminação.

Em resumo, a utilização da FRT na segurança pública pode ser compatível com a proteção dos direitos fundamentais, contanto que seja regulamentada de forma rigorosa e que seu uso seja submetido a um escrutínio constante sob o teste de proporcionalidade. Além disso, é importante notar que, apesar das medidas regulatórias, há preocupações contínuas sobre a possibilidade de abuso ou a inadequação das salvaguardas, como destacado

por legisladores e grupos de direitos civis em debates sobre o EU AI Act (Civil rights concerns regarding EU AI Act facial recognition). Portanto, a implementação e a revisão contínua de políticas e regulamentos são essenciais para garantir que a tecnologia seja usada de maneira ética e respeitosa aos direitos humanos.

Para o contexto brasileiro, onde a FRT já é utilizada em alguns estados sem regulamentação clara, é fundamental que o legislador estabeleça normas específicas, inspiradas em exemplos internacionais como o EU AI Act, para governar o uso da FRT na segurança pública. Isso incluiria a definição de casos específicos em que a FRT poderia ser utilizada, a necessidade de autorização judicial, a implementação de medidas de transparência e a realização de avaliações de impacto sobre direitos fundamentais.

Somente com uma abordagem equilibrada e bem regulamentada, podemos aproveitar os benefícios da tecnologia de reconhecimento facial sem comprometer os direitos fundamentais da população, fazendo com que esta tecnologia deixe de apresentar uma ameaça para se tornar uma efetiva medida de proteção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACCESS NOW. Tecnologia de Vigilância na América Latina: Feita no Exterior, Implantada em Casa. 2021. Disponível em: vigilancia-latam-port.pdf. Acesso em: 13 fev. 2025.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD). Radar Tecnológico: Biometria e Reconhecimento Facial. Brasília: ANPD, 2024. Disponível em: radar-tecnologico-biometria-anpd.pdf. Acesso em: 20 fev. 2025.

AI NOW INSTITUTE. Report on Facial Recognition. Nova Iorque: AI Now Institute, 2019. Disponível em: https://ainowinstitute.org. Acesso em: 20 fev. 2025.

BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen (Ed.). Principles of European Constitutional Law. 2. ed. Oxford/München: Hart/Beck, 2011

BRAYNE, Sarah. Big Data Surveillance: The Case of Policing. American Sociological Review, v. 82, n. 5, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust. Bruxelas: Comissão Europeia, 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu. Acesso em: 20 fev. 2025.

FAROL DA BAHIA. Sistema de Reconhecimento Facial registra 4,3 milhões de imagens no Carnaval. 2020. Disponível em: Sistema de Reconhecimento Facial registra 4,3 milhões de imagens no Carnaval - Farol da Bahia. Acesso em: 13 fev. 2025.

FRANQUEIRA, Bruna D.; HARTMANN, Ivar A.; SILVA, Lorena A. O que os Olhos não Veem, as Câmeras Monitoram: Reconhecimento Facial para Segurança Pública e Regulação na América Latina. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 8, n. 1, p. 171-204, 2021.

PARLAMENTO EUROPEU. European Parliament Briefing: AI Act. Bruxelas, 2021. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu. Acesso em: 20 fev. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

THE ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS (APC). Facial Recognition Technology and Human Rights. Surveillance and Security in the European Union and Russia. 2021. Disponível em: https://www.giswatch.org/node/6165. Acesso em: 20 fev. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down

harmonised rules on artificial intelligence. Bruxelas, 2021. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu. Acesso em: 20 fev. 2025.

FADIGA DE ACESSO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR

Access fatigue of students with disabilities in higher education

Nelyne Mota dos Santos Araújo[1]

Universidade de Rio Verde

Carolina Merida[2]

Universidade de Rio Verde

DOI: https://doi.org//10.62140/NACM417143625

Sumário: 1. Introdução; 2. Pessoas com deficiência, corpos diversos e existências diversas; 3. Direitos de pessoas com deficiência no âmbito do ensino superior; 4. Ensino superior, ausência de acessibilidade, capacitismo e barreiras impostas; 5. Fadiga de acesso de pessoas com deficiência no ensino superior; 6. Conclusão.

Resumo: O acesso equitativo ao ensino superior é um direito humano fundamental, no entanto, estudantes com deficiência enfrentam barreiras que comprometem essa equidade. A "fadiga de acesso" surge como uma problemática crônica, resultando do esforço contínuo necessário para contornar limitações impostas pelo capacitismo estrutural. Nesse contexto, a presente pesquisa se mostra relevante para promover a conscientização sobre essas barreiras e contribuir para a formulação de políticas capazes de mitigar a fadiga de acesso, especialmente no contexto acadêmico. O artigo busca conceituar e analisar a fadiga de acesso enfrentada por estudantes com deficiência no ensino superior, promovendo um debate que leve à reflexão acerca das condições de acesso e permanência desses alunos nas instituições de ensino, guiando-se pelo seguinte problema de pesquisa: Quais os impactos da fadiga de acesso no desenvolvimento e na fruição de direitos pelos

[1] Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde. E-mail: nelynemotadossantos@gmail.com

[2] Pós-doutora pela Universidad de Las Palmas de Gran Canarias (Espanha). Doutora em Direito Público (UNISINOS). Mestre em Direto, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC/GO). Professora Titular da Universidade de Rio Verde. Pesquisadora e Docente Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde. Procuradora do Município de Rio Verde. E-mail: merida@unirv.edu.br; ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5546-5660.

estudantes com deficiência no ensino superior? Como superá-las? A metodologia de pesquisa inclui uma abordagem exploratória e qualitativa, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental, além de análise conceitual e discussão de teorias produzidas no âmbito dos estudos da deficiência. As principais conclusões apontam que a fadiga de acesso representa um aspecto crucial que deve ser cuidadosamente considerado por professores e gestores acadêmicos. As barreiras enfrentadas por estudantes com deficiência não são meramente questões pessoais, mas resultado de um sistema capacitista que perpetua desigualdades e prejudica o desenvolvimento humano destes estudantes. Este estudo não apenas destaca o impacto negativo da fadiga de acesso sobre a experiência acadêmica, mas também propõe a necessidade de medidas institucionais efetivas e conscientes que promovam a inclusão e o respeito aos direitos humanos.
Palavras-chave: Capacitismo; Fadiga de Acesso; Ensino Superior, Estudos da Deficiência.

Abstract: This Equitable access to higher education is a fundamental human right; however, students with disabilities face barriers that undermine this equity. "Access fatigue" emerges as a chronic issue resulting from the continuous effort required to navigate limitations imposed by structural ableism. In this context, the present research is relevant for raising awareness about these barriers and contributing to the formulation of policies capable of mitigating access fatigue, particularly in the academic setting. This article aims to conceptualize and analyze the access fatigue experienced by students with disabilities in higher education, fostering a discussion that prompts reflection on the access and retention conditions of these students within educational institutions, guided by the following research question: What are the impacts of access fatigue on the development and enjoyment of rights by students with disabilities in higher education? How can these impacts be overcome? The research methodology includes an exploratory and qualitative approach, utilizing bibliographic and documentary research, along with conceptual analysis and discussion of theories developed within the field of disability studies. The main conclusions indicate that access fatigue represents a critical aspect that must be carefully considered by educators and academic administrators. The barriers faced by students with disabilities are not merely personal challenges but are the result of an ableist system that perpetuates inequalities and hinders the human development of these students. This study not only highlights the negative impact of access fatigue on the academic experience but also proposes the necessity for effective and conscious institutional measures that promote inclusion and respect for human rights.
Keywords: Access Fatigue; Ableism; Higher Education; Human Rights; Disability Studies

1. INTRODUÇÃO

Pessoas com deficiência (PcD), pessoas neurodiversas, corpos diversos enfrentam inúmeras barreiras ao ingressar no ensino superior e ao longo de suas vidas acadêmicas. A maior parte dessas barreiras são consequências diretas e indiretas da ausência de acessibilidade, da acessibilidade empregada de forma errônea ou ineficaz e por vezes, do capacitismo. O resultado dessa realidade, como o problema crucial do presente estudo, é a fadiga de acesso.

Definida como o esgotamento físico e mental resultante do trabalho constante de busca de acesso, à fadiga de acesso conceitua também inúmeras reflexões sobre como o acesso está relacionado à forma que todos nós pensamos e sentimos a deficiência, bem como outros atravessamentos de vulnerabilidades (Konard, 2021).

Este artigo tem como objetivo promover o debate e a reflexão a respeito da realidade e vivência de pessoas com deficiência enquanto estudantes do ensino superior, sob os atravessamentos do capacitismo estrutural, tendo como resultante a fadiga de acesso dessas pessoas. Por meio de pesquisa teórica e bibliográfica, o intuito é também estimular conscientização e conhecimento, além de oferecer subsídios para eventuais ações institucionais que possam compor como aliadas da luta anticapacitista.

Dessa forma, inicia-se o estudo com um breve apanhado histórico do movimento das pessoas com deficiência, destacando-se as perspectivas e interpretações a respeito da deficiência ao longo do tempo. Em seguida, destacam-se os conjuntos de leis que garantem o direito dessas pessoas no que diz respeito ao acesso ao ensino superior, bem como participação, aproveitamento e exercício pleno enquanto estudantes acadêmicos. Abordam-se, então, as limitações, barreiras e consequências negativas do capacitismo estrutural no âmbito da academia. Por fim, destaca-se a fadiga de acesso como consequência desse sistema capacitista, bem como microagressões e

intimidade de acesso como subcomponentes, mas não menos importantes, da própria fadiga de acesso.

2. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, CORPOS DIVERSOS E EXISTÊNCIAS DIVERSAS

Quando falamos de pessoas com deficiência, é necessário destacar que o que temos hoje como o movimento social dessas pessoas, começa a surgir e tomar forma em meados da década de 60, no Reino Unido.

> Paul Hunt, um sociólogo deficiente físico, foi um dos precursores do modelo social da deficiência no Reino Unido nos anos 1960. Os primeiros escritos de Hunt procuravam compreender o fenômeno sociológico da deficiência a partir do conceito de estigma proposto por Erving Goffman. Para Goffman, os corpos são espaços demarcados por sinais que antecipam papéis a ser exercidos pelos indivíduos. Um conjunto de valores simbólicos estaria associado aos sinais corporais, sendo a deficiência um dos atributos que mais fascinaram os teóricos do estigma. (Diniz, 2007, p.09)

Convém destacar que a essa altura, o contexto de organização social das pessoas que encabeçaram esse movimento, diz respeito majoritariamente a homens com deficiência física que em um primeiro momento - tido como a primeira geração do movimento das pessoas com deficiência, buscavam como pauta primordial, a acessibilidade arquitetônica para que pudessem participar da vida de produção de força de trabalho dos grandes centros.

É importante compreendermos que até então, a perspectiva consensual na sociedade mundial a respeito da deficiência, acontecia sob o

ponto de vista do modelo médico da deficiência. A interpretação através da lente do modelo social da deficiência, só começou a tomar forma e adquirir contexto com a primeira geração do movimento.

Conforme esclarece Diniz (2007), no modelo médico de compreensão da deficiência, o corpo deficiente é interpretado sob a ótica de um corpo incapaz de determinada coisa em consequência da sua deficiência. No modelo social da deficiência, a experiência de desigualdade vivenciada pelo corpo com deficiência, se manifesta somente em consequência de uma sociedade estruturalmente incapaz de abarcar diversidades.

Para a autora, a mudança sobre a perspectiva a respeito da deficiência - do modelo médico para o modelo social - foi a grande revolução ocasionada pelos estudos sobre a deficiência na década de 1960 no Reino Unido e na década de 1970 nos Estados Unidos.

> De um campo estritamente biomédico confinado aos saberes médicos, psicológicos e de reabilitação, a deficiência passou a ser também um campo das humanidades. Nessa guinada acadêmica, deficiência não é mais uma simples expressão de uma lesão que impõe restrições à participação social de uma pessoa. Deficiência é um conceito complexo que reconhece o corpo com lesão, mas que também denuncia a estrutura social que oprime a pessoa deficiente. Assim como outras formas de opressão pelo corpo, tais como o sexismo ou o racismo, os estudos sobre deficiência descortinaram uma das ideologias mais opressoras de nossa vida social: a que humilha e segrega o corpo deficiente. (Diniz, 2007, p.07)

Na segunda geração do movimento de pessoas com deficiência, surgida por volta dos anos 1990, o contexto passou a ser a realidade de mulheres que cuidavam de pessoas com deficiência - majoritariamente seus

filhos, bem como mulheres com deficiência propriamente dita. Conforme Diniz (2007), "a entrada de abordagens pós-modernas e de críticas feministas, nos anos 1990 e 2000, definiu a segunda geração de teóricos do modelo social".

Houve alocação de perspectivas e ponderações a respeito da realidade de pessoas com deficiências diversas, não apenas a deficiência física predominante na primeira geração. Incluindo ainda pautas feministas, percepções de raça, de classe e de perspectiva crítica.

É importante definir que o modelo social da deficiência nos traz que as limitações são vivenciadas a partir da realidade dada de que a sociedade não é acessível. E que a discriminação sofrida por uma pessoa com deficiência, nasce da sociedade não acessível e não de quaisquer características inerentes à deficiência.

> As premissas do modelo social da deficiência pautavam-se nos estudos de gênero e feminismo, ou seja, considerava-se imoral a desigualdade e lutava-se contra a opressão. A analogia entre a opressão do corpo deficiente e o sexismo era um dos pilares que sustentavam a tese dos deficientes como uma minoria social. Assim como as mulheres eram oprimidas por causa do sexo, os deficientes eram oprimidos por causa do corpo com lesões – essa era uma aproximação argumentativa que facilitava a tarefa de dessencializar a desigualdade. (Diniz, 2007, p.41)

Nesse sentido, Maior (2024) sinaliza que o conceito social e político da deficiência passou por várias mudanças ao longo do tempo. Mudanças que em um primeiro momento, podem ser definidas sob um conceito que estabelecia segregações, seguidas por um segundo momento que estabelecia

assistencialismo e que, em ambos, a pessoa com deficiência permanecia em uma realidade de invisibilização e de impossibilidade de possuir respeito a sua manifestação e vontade.

Ela explica que historicamente, a sociedade foi construída através de um jogo de poder em que um conjunto de pessoas sem deficiência oprimia um conjunto de pessoas com alguma deficiência. E que com essas bases sociais iniciais, fomentou-se ao longo dos anos a estrutura capacitista atual.

Assim, para a autora, na medida que o conceito social e político da deficiência se desprende da noção de que "havia um defeito biológico nas pessoas com deficiência" e percebe que pessoas podem ter maneiras diferentes e diversas de fazer parte da humanidade, "essa percepção traz a pessoa com deficiência para o cenário da vida e não mais da exclusão social" esclarece Maior (2024).

> O conceito mudou de um cenário em que as pessoas eram consideradas inferiores ou doentes, para um conceito novo em que esse cenário biológico não desaparece - porque ele está conosco, cada um de nós tem uma configuração de corpo e mente diferenciado, cada um de nós é singular, nosso conjunto da humanidade é plural. Mas na medida em que há essa percepção de que pessoas podem ter maneiras diferentes e diversas de realização de atividades, pessoas com deficiência passam a participar do que podemos chamar de jogo da vida. (Maior, 2024, p.?)

Nesse sentido, é importante estabelecer que a autora faz uso da expressão "jogo da vida" para fazer referência à estrutura social da qual todas as pessoas fazem parte, mas que nem todas as pessoas conseguem de fato performar enquanto sujeitos ativos dessa estrutura.

De forma que para que uma pessoa figure como parte integrante

dessa estrutura social, é preciso que para além de um número, essa pessoa possa fazer parte e compor tomadas de decisões, organizações políticas e sociais, expressando posicionamentos, e de diversas formas, tendo sua opinião e perspectiva consideradas e respeitadas dentro do meio social.

Em outras palavras, conforme Maior (2024), as barreiras capacitistas devem ser corrigidas e superadas. Tais barreiras devem ser substituídas por possibilidades de acesso, por facilitações e por estruturações sociais pensadas para a maior diversidade possível de corpos. Para que corpos diversos possam acessar, participar e compor naturalmente sem que para isso, seja necessário toda uma negociação e desgaste desses corpos.

Para tanto, compreender a deficiência enquanto o campo de estudo e de ação, incluindo suas intersecções e a forma como a sociedade lida erroneamente com esse campo. Bem como, compreender o capacitismo em suas formas e camadas de opressão, deve ser parte objetiva da ação de todos.

> Compreender a deficiência e o capacitismo é o trabalho de todo revolucionário, ativista e organizador - de todo ser humano. A deficiência é uma das experiências mais orgânicas e humanas do planeta. Todos e todas nós estamos envelhecendo, estamos todos e todas vivendo em condições poluídas e tóxicas e o nível de violência no mundo atualmente deveria ser suficiente para que todos nós nos importássemos mais com a deficiência e o capacitismo. (Mingus, 2017, p. 2)

Estabelecer a deficiência e o capacitismo enquanto campo de estudo sob uma perspectiva crítica. A partir desse campo, desenvolver diretrizes para a promoção de uma sociedade anti capacitista, pensada para a maior diversidade de corpos e mentes. São partes de princípios essenciais para a equidade e direitos humanos.

Uma vez que enquanto pessoas com deficiência não puderem exercer a plenitude de seus direitos e deveres enquanto cidadãos, e que o capacitismo está para as pessoas com deficiência assim como o machismo está para as mulheres e o racismo para as pessoas pretas e pardas, não há que se falar em equidade e direitos humanos.

E para Aydos et al (2024), é importante desenvolver a percepção de que o contexto do sistema capitalista neoliberal - em que vivemos, incute no imaginário social, a ideia de que cada pessoa é responsável por construir o acesso de forma individual. Eventualmente, essa responsabilidade se estende até a família de um indivíduo. Mas que ambas premissas de responsabilidade, estão parcialmente equivocadas.

De forma que é legítima a importância de que pessoas como um todo posicionem-se voltadas ao propósito de uma sociedade acessível para a maior diversidade possível de corpos. Mas é fundamental perceber o capacitismo para além das relações entre indivíduos, é fundamental perceber o capacitismo institucional e estrutural. (Aydos et al, 2024)

Assim, o capacitismo estrutural enquanto ferramenta de opressão, fruto de um sistema capitalista neoliberal, condiciona a sociedade a acreditar e propagar a falácia de que pessoas são sujeitos independentes e autônomos. Consequentemente, a natureza social e comunitária desses indivíduos é negada. (Aydos et al, 2024)

Para tanto, de acordo com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), em seu artigo 2º, e com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em seu artigo 1º, para fins de definição legal, pessoas com deficiência (PcDs) são aquelas que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, considerando que esses impedimentos em interação com diversas barreiras, possam obstruir a participação social dessas pessoas de forma plena e efetiva, em igualdade de

condições com as demais pessoas (Brasil, 2009; Brasil, 2015).

Em seguida, serão abordadas as leis com aplicabilidade em âmbito brasileiro que versem sobre a temática de direitos das pessoas com deficiência. A partir dessa perspectiva, será utilizado o recorte dessas leis sob a lente do direito à acessibilidade, à não discriminação, à participação plena e ao pleno acesso ao ensino superior.

3. DIREITOS DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO DO ENSINO SUPERIOR

Tratando da temática sob o recorte dos direitos garantidos por normas jurídicas brasileiras, é necessário que tenhamos bem delineados, ordenamentos que versam sobre os direitos das pessoas com deficiência correlacionados com o direito de acessibilidade, de não discriminação e de pleno acesso ao ensino superior.

Desta forma, no Capítulo IV - sobre o direito à educação, da Lei 13.146/2015, tem-se que a educação é direito básico da pessoa com deficiência (art. 27), bem como que o sistema educacional deve ser inclusivo em todos os níveis de ensino, sob a premissa de proporcionar o maior desenvolvimento possível de talentos, habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais com atenção a características, interesses e necessidades de aprendizagem de cada indivíduo, sendo certo que a educação de qualidade destinada a pessoa com deficiência é dever do Estado, da família, da comunidade escolar e de toda a sociedade.

Nesse mesmo sentido, no artigo 24, parágrafo primeiro da Convenção de Nova York, tem-se que os Estados signatários da Convenção reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. E, para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, "os

Estados partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida". (Decreto nº 6.949 de 2009)

Na sequência, o texto convencional dispõe que os Estados Partes devem assegurar que as pessoas com deficiência acessem o ensino superior em geral, que aconteça treinamento profissional de acordo com a vocação de cada indivíduo, que seja fornecida também a educação para adultos e formação continuada, sem que haja discriminação e sob a premissa de igualdade de condições, devendo os Estados Partes assegurar "a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência".

Já na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/1996), no caput do artigo 59 e incisos seguintes, temos que os sistemas de ensino assegurarão aos "educandos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades ou superdotação", possibilidades, artifícios, facilitações e subsídios para que exerçam e desfrutem da Educação de qualidade, equidade, respeito e de forma plena e digna:

> I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;
>
> II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;
>
> III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;
>
> IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho

> competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;
>
> V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular. (Brasil, 1996)

No que diz respeito especificamente ao atendimento de estudantes com deficiência, no artigo 79-C, parágrafo 3º da mesma Lei, temos que o ensino superior deve acontecer mediante a assistência estudantil, ao estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento de programas especializados para esses estudantes, bem como respeitando suas particularidades e necessidades.

Sobre como instituições de nível superior devem oferecer e desenvolver a acessibilidade propriamente dita, a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 27, parágrafos 1º e 2º, estabelece que essas instituições devem oferecer adaptações e apoios necessários, bem como especificidades que envolvam tempo adicional para realização de provas, conforme solicitação e conversa prévia com o estudante, e mais uma vez, respeitando as características e particularidades da sua deficiência.

De toda sorte, é primordial destacar-se, ainda, que na Constituição Federal (1988) é possível constatar garantias quanto à igualdade, à proteção, à acessibilidade, voltadas para pessoas com deficiência em todas as idades e estágios da vida. Isto porque, conforme estabelece o caput do artigo 5º da referida Carta Magna, a igualdade figura como um princípio basilar da sociedade brasileira sendo aplicada a todas as pessoas Brasileiras ou estrangeiras residentes no país, sem distinção de qualquer natureza, sendo que a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade são direitos invioláveis de todas as pessoas.

Diante de tais apontamentos legais, o presente estudo propõe aprofundamento conceitual sobre a aplicabilidade e eficácia desses dispositivos, bem como reflexão e análise crítica a respeito das vivências de estudantes com deficiência que se encontrem no ensino superior.

4. ENSINO SUPERIOR, AUSÊNCIA DE ACESSIBILIDADE, CAPACITISMO E BARREIRAS IMPOSTAS

Mesmo considerando a realidade legislativa brasileira no que diz respeito ao direito ao ensino superior para pessoas com deficiência, o país, enquanto sociedade, ainda é atravessado por inúmeras camadas de capacitismo, preconceito e discriminação em desfavor dessas pessoas e de seus direitos.

Conforme Gesser e Mello (2021), pessoas com deficiência permanecem invisibilizadas e com pouco (ou nenhum) acesso a direitos, a exemplo do direito à educação, mesmo diante de um contexto social de legislação protetiva desses direitos. Nesse sentido, acessar o ensino em todos os níveis, nele permanecer e dar continuidade a uma formação, figura como um objetivo árduo para cada indivíduo (com deficiência) e sua rede de apoio.

Para Aydos et al (2024), parte dos desafios que devem ser superados no que diz respeito ao acesso de estudantes com deficiência ao ensino superior, consiste na garantia do acesso coletivo à educação. As autoras pontuam, ainda, que a noção capacitista – no ensino superior – de que a pessoa é que deve ser ajustada ao ambiente, não o contrário, impede que pessoas com deficiência física, por exemplo, participem de importantes espaços de convivência social como intervalo, atividades culturais, eventos acadêmicos e organizações estudantis.

Gesser e Mello (2021) reforçam que, mesmo quando estudantes com deficiência pontuam seus direitos e buscam reivindicá-los junto à coordenação de instituições de curso superior, são frequentemente ignorados. Além de exemplificar situações em que barreiras arquitetônicas como distância, rampas irregulares, e impedimentos de locomoção, impossibilitam que esses estudantes possam desfrutar de aulas complementares, reuniões, grupos de pesquisa, biblioteca e afins.

Sob outro enfoque, Beche (2024) esclarece que parte da cultura do ensino superior consiste na valorização do esforço individual e que este, por sua vez, é pautado em indivíduos que atendem a um padrão corporal, a um modelo de corponormatividade. Dessa forma, indícios de sucesso e de fracasso acabam atrelados a características individuais. Essas características compõem um processo de individualização que formula no imaginário social, o descompromisso do meio para com responsabilidades coletivas de acesso e de acessibilidade. O resultado desse conglomerado cultural é a legitimação do tratamento desumanizado, e por vezes cruel, justificando o desgaste de uma pessoa com deficiência para ocupar espaços inacessíveis, em admiração pela resiliência e pelo esforço pessoal. (Beche, 2024).

O trabalho de Aydos et al (2024) evidencia que a falta de acessibilidade, além de produzir cansaço, produz também interrupções em trajetórias educacionais. Assim, é necessário a construção de processos educativos que partam da premissa de que "pessoas com deficiência existem e estão presentes em todos os níveis de ensino. É um grande desafio que a acessibilidade seja entendida e garantida para além da dimensão relacional".

De toda sorte, é importante destacar também os posicionamentos de Merchant et al (2020), que trazem à tona reflexões sobre gerenciamento de tempo, uma vez não ser possível simplesmente comparecer a lugares ou eventos, sem que haja todo um planejamento e programação anterior. No sentido de que pessoas com mobilidade reduzida, no exemplo das autoras,

precisam demandar uma verdadeira estrutura de logística de tempo, energia e planejamento prévio para organizar coisas que deveriam ser simples, como o acesso a um prédio. As autoras remarcam, ainda, que as pessoas que precisam vivenciar essa demanda maior de planejamento e energia acabam por sofrer impedimentos e limitações de forma deliberada, o que ocorre em desfavor de suas possibilidades de dedicação e investimento intelectual em suas formações.

Uma vez que essas pessoas acabam obrigadas a dedicar a maior parte de sua energia e tempo para organizar suas mediações de apoio e acesso a eventos e situações sociais, resta-lhes pouco tempo e energia para empregar em estudo, pesquisa, produção, formação, rede de contatos profissional e quaisquer outras possibilidades comuns a pessoas ditas padrões (Merchant et al, 2020). As autoras alertam que o capacitismo está nas estruturas sociais da universidade, impregnado de forma sorrateira e quase invisível. Assim, os impedimentos e todas as violações consequentes do capacitismo, estão "invisivelmente enfiados na universidade, mesmo quando a instituição possui uma política abertamente inclusiva".

Merchant et al (2020) chamam atenção, ainda, para os atravessamentos que uma pessoa com deficiência pode sofrer no que diz respeito à produção científica acadêmica., eis que essa pessoa pode depender de uma série de mediações para manter a frequência nas aulas, participar efetivamente de núcleos e atividades estudantis, o que demanda uma série ainda mais intensa de empenho, dedicação e envolvimento próprio e de outras pessoas como rede de apoio (uma rede de apoio restrita, comumente composta por uma ou duas pessoas da família).

Resta evidenciado que as formas pelas quais as práticas acadêmicas e universitárias acontecem, acabam por estruturar uma complexa teia de capacitismo que resulta em práticas "excludentes para pessoas com deficiência", uma vez que essas práticas sequer consideram a existência de

corpos diversos, pensando seus métodos e logísticas apenas para corpos padrões, apenas para a corponormatividade. (Merchant et al, 2020).

Essa teia de capacitismo gera sentimentos de cansaço, de esgotamento, de sobrecarga física, emocional e mental e, para Konard (2021), "as formas como cada indivíduo reúne energia e navega com sentimentos de fadiga, são entrelaçados com eixos de opressão e de privilégio". Assim, tem-se a famigerada fadiga de acesso, estabelecida como uma forma de cansaço padrão rotineiro, constante e diário, atravessada pela necessidade de ajudar pessoas a participar do acesso.

5. FADIGA DE ACESSO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR

A partir dos apontamentos e estudos apresentados, fica evidente a necessidade de discussão a respeito da fadiga de acesso, ponto central motivador do presente trabalho. De forma que, é possível delimitar diretamente que "a fadiga de acesso descreve o esgotamento físico e mental que resulta do trabalho de busca de acesso". (Konard, 2021)

É importante estabelecer que, de acordo com a autora retromencionada, existem quatro características definidoras da fadiga de acesso: (1) um desempenho de si próprio, (2) confrontar as reações do público, (3) uma troca de valores, e (4) uma pedagogia retórica. Assim, essas características figuram como componentes inter-relacionados da negociação de acesso, componentes estes que, por sua vez, contribuem para sua natureza fatigante. Para Konard (2021, p. 4-5):

> A fadiga de acesso revela como o acesso depende de performar formas de deficiência aceitáveis para outras pessoas - em outras palavras, a fadiga de acesso demonstra como o acesso é tanto sobre outras pessoas e os seus

> pensamentos e sentimentos sobre a deficiência, como sobre as próprias necessidades das pessoas com deficiência.

Pessoas com deficiência vivenciam constantemente o peso da experiência de que o acesso depende diretamente da possibilidade de conseguir performar um sujeito amigável. No sentido de que há uma necessidade de apresentar-se socialmente como alguém amistoso, alguém que inspire amizade, bondade e características afins para que de alguma forma, exista maior possibilidade de receber ajuda com o acesso.

O acesso é tanto sobre os pensamentos e sentimentos de um público - na presença de corpos deficientes, quanto também sobre a interdependência de que esses corpos com deficiência necessitam. E formas materiais e sociais de acesso estão atreladas como uma ferramenta de opressão e pressão em desfavor de pessoas com deficiência, no sentido de que "estas pressões estão profundamente entrelaçadas com eixos de opressão e privilégio, moldados pelo gênero, raça, idade e utilização de tecnologias assistivas". (Konard, 2021)

Consequentemente, a confluência desses fatores leva pessoas com deficiência a serem silenciadas ou optarem pelo silenciamento, sempre considerando o trabalho retórico do acesso, o performar um sujeito (deficiente) amigável, a despeito de suportar uma infinidade de violações, atravessamentos, desrespeitos, invasões, indiscrições, exposições e afins.

A essa altura, é importante trazer à tona o conceito de microagressões e de forma específica, aquelas decorrentes do capacitismo. O conceito de microagressão expressa-se por meio de desrespeitos e violações recorrentes – geralmente sutis, subentendidos e não raro, disfarçados de boa vontade – em desfavor de grupos ou nichos invisibilizados. (Sue, 2010).

Seguindo por esta linha de pensamento, microagressões decorrentes do capacitismo compreendem toda a gama de atravessamentos sofridos

rotineiramente por pessoas com deficiência. São desrespeitos, barreiras, impedimentos, inacessibilidades, preconceitos e infinitas formas de desvalorização empregadas de forma reiterada em desfavor dessas pessoas.

5.1. MICROAGRESSÕES

Para Sue (2010), microagressões podem ser expressadas em relação a qualquer grupo marginalizado de uma sociedade. Podem envolver contextos de gênero, de orientação sexual, de classe social, de etnia, de raça, de religiosidade, de crença, de regionalismo, de deficiência e de quaisquer outros marcadores sociais subjugados pela estrutura social dominante.

> São desrespeitos verbais, comportamentais e ambientais que acontecem de forma diária. Acontecem ocasionalmente de forma breve e aparentemente comum, intencionalmente ou não, através de falas ou expressões que exprimem desprezo e insulto, termos depreciativos ou negativos destinados a uma pessoa ou a um grupo. Comumente, quem promove esses desrespeitos, ou faz de forma não plenamente consciente. (Sue, 2010, p.05)

Assim, podemos estabelecer que microagressões figuram como experiências constantes e contínuas de desrespeito, vivenciadas por grupos marginalizados. E conforme o autor, consequentemente essas microagressões afetam a autoestima, produzem raiva, frustração, esgotamento psíquico e de sentimentos de bem-estar, problemas de saúde física. Além de contribuir para que seja negado às populações marginalizadas, acesso e oportunidades iguais em educação, emprego e assistência médica.

Para Silva e Powell (2016), é importante esclarecer que a delimitação do prefixo "micro", pode causar a falsa impressão de que trata-se de um

insulto "pequeno", que não acarreta maiores consequências em desfavor daqueles que são agredidos. No entanto, o prefixo significa na verdade que a agressão incide em um nível individual e/ou local, em situações privadas ou limitadas, que permite um certo grau de anonimato por parte do agressor.

De forma que situações de microagressões acontecem sorrateiramente, tornando difícil a possibilidade que a vítima tem de identificar claramente tais experiências. Ao passo que o agressor acaba com maior possibilidade de negar quaisquer atitudes de violência. No sentido de que a agressão pode ser tão sutil e indireta que tanto o agressor quanto a vítima "podem não estar inteiramente certos de sua ocorrência". (Silva; Powell, 2016)

ParaSue (2010), as microagressões podem acarretar consequências psicológicas prejudiciais, disparidades, sobrecarga e baixa autoestima, além de esgotamento físico e mental de pessoas agredidas, na tentativa constante de se adaptar e lidar com essas violências.

De toda sorte, as microagressões compõem como parte integrante da fadiga de acesso e ambas figuram pontos cruciais do capacitismo estrutural. Uma vez que o capacitismo estabelece preconceitos em desfavor de pessoas com deficiência, a fadiga de acesso e as microagressões são ferramentas operadoras de opressão em favor do capacitismo.

E para desafiar essa estrutura capacitista, engendrada de meios e artimanhas, existe a premissa da intimidade de acesso, que, quando desenvolvida de forma adequada e apropriada, traz consigo a compreensão da qualidade relacional e humana do acesso, ao mesmo tempo que aprofunda as relações envolvidas. A este respeito, Mingus (2017) explica que a intimidade de acesso move "trabalho de acesso" para fora do domínio exclusivo da logística, transportando-o para o domínio dos relacionamentos e da compreensão das pessoas com deficiência como seres humanos, não como fardos.

5.2. INTIMIDADE DE ACESSO

A intimidade de acesso surge como um estado de confiança atrelado a bem-estar mental e emocional, decorrentes de conexões entre pessoas, que acontecem de forma humana, com empatia e respeito, de modo que essas conexões, proporcionam ligações genuínas de pertencimento e apoio. Para Mingus (2017, p. 2), a intimidade de acesso, que pode ocorrer com pessoas estranhas, deficientes ou não: "é aquela sensação elusiva, difícil de descrever, quando outra pessoa 'entende' suas necessidades de acesso. O tipo de conforto estranho que seu eu deficiente sente com alguém em um nível puramente de acesso".

Ocorre que a intimidade de acesso deve acontecer naturalmente. Contudo, não raro, espera-se que pessoas com deficiência compartilhem facilmente informações pessoais, experiências vividas, ou situações das quais foram expostas, sem que seja considerado qualquer nível de intimidade ou confiança para tanto. Essa "intimidade de acesso forçada" acaba sendo imposta como condição para que alguma acessibilidade básica seja alcançada. Ocasionalmente, pode ocorrer, ainda, a intimidade física forçada "especialmente para aquelas pessoas que precisam de ajuda física em que seus corpos precisam ser tocados" (Aydos et al, 2024).

Mingus (2017) explica que a intimidade de acesso pode ser exemplificada pela maneira como uma pessoa com deficiência pode conseguir relaxar e se abrir com alguém, quando todas as necessidades de acesso estão sendo plenamente atendidas. Nesse sentido, a autora esclarece que tal situação não depende do fato de alguém ter uma compreensão política da deficiência, do capacitismo ou do acesso.

De tal sorte que a intimidade de acesso também pode ser figurada na relação estabelecida entre pessoas com deficiência que vivenciam

compreensões, próximas ou não, das necessidades de acesso a partir de suas experiências de vida. Experiências estas semelhantes ou compartilhadas, nas quais o capacitismo se manifesta sorrateira ou evidentemente. Trata-se então de uma forma de intimidade de acesso de base, sem necessidade de explicação ou conceituação (Mingus, 2017).

> Acessar a intimidade é a interdependência em ação. É um reconhecimento de que o mais importante não é se as coisas são perfeitamente acessíveis ou não, ou se existe ou não capacitismo; mas sim qual é o impacto da inacessibilidade e do capacitismo nas pessoas com deficiência e em nossas vidas. (...) É saber que mais alguém está comigo nessa bagunça. É saber que outra pessoa está disposta a estar comigo na interminável e sempre mutante corrida de obstáculos diária que é navegar um mundo inacessível. É saber que não estarei sozinha no silêncio estonteante, na evitação e na negação do capacitismo por parte de quase todas as pessoas fisicamente aptas com quem já tive e terei contato. Acessar a intimidade é saber que não estarei sozinha no veneno furtivo e insidioso que é o capacitismo. (Mingus, 2017, p. 4)

Logo, a intimidade de acesso manifesta-se por meio de pessoas e relações interpessoais que percebem as vivências e necessidades de pessoas com deficiência com sensibilidade, cuidado, respeito e, por vezes, até afeto, o que propicia a formação de verdadeiras redes secundárias de apoio, contribuindo para que pessoas com deficiência, enquanto estudantes do ensino superior, sintam-se mais amparadas e seguras no ambiente acadêmico e, não raro, funcionando como fator positivo para que esses estudantes permaneçam em seus cursos até a conclusão da formação.

6. CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo conceituar, analisar e discutir o impacto da fadiga de acesso como barreira imposta em vivências e realidades de estudantes com deficiência cursando o ensino superior. Os resultados indicam que a fadiga de acesso, além de figurar como uma parte das consequências do capacitismo estrutural, figura também como um fator de dano determinante nas vivências, experiências, possibilidades e formações acadêmicas de pessoas com deficiência.

Com efeito, as principais conclusões apontam que as barreiras enfrentadas por estudantes com deficiência não são meramente questões pessoais, mas resultado de um sistema capacitista que perpetua desigualdades e prejudica o desenvolvimento humano destes estudantes.

Este estudo não apenas destaca o impacto negativo da fadiga de acesso sobre a experiência acadêmica, mas também propõe a necessidade de medidas institucionais efetivas e conscientes que promovam a inclusão e o respeito aos direitos humanos. As reflexões aqui apresentadas visam incentivar a ação coletiva e a conscientização acerca da realidade vivida por esses estudantes, contribuindo para um ambiente acadêmico mais acessível e inclusivo.

Evidenciou-se, ainda, que o campo dos estudos da deficiência é pouco visibilizado, estando o acervo material disponível ainda em desenvolvimento e/ou de difícil acesso. Para além disso, salienta-se o baixo volume de dados institucionalmente confiáveis a respeito das pessoas com deficiência, bem como a burocracia para acesso aos dados existentes.

Por fim, recomenda-se que os estudos da deficiência recebam maior visibilidade, atenção e incentivo em toda a comunidade acadêmica, de forma a promover a acessibilidade, o anticapacitismo e os direitos humanos de pessoas com deficiência a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYDOS, Valéria; BLOCK, Pamela; GESSER, Marivete; SILVA, Paula X. Capacitismo nas trajetórias educacionais e a produção da fadiga de acesso. Seleção temática: **Estudos da Deficiência e Educação**, Série Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 49, e141797. 2024.

BECHE, Rose Clér E. **Mulheres defiças:** histórias de enfrentamento ao capacitismo no ensino superior. Campos dos Goytacazes, RJ: Encontrografia Editora, 2024.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a lei número 7.853 de 24 de outubro de 1989 e dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa com deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em 26 nov 2024.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 ago 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 26 nov 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado Federal, 05 out 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 nov 2024.

BRASIL. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 26 nov 2024.

BRASIL. Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jul 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 26 nov 2024.

DINIZ, Dábora. **O que é deficiência?** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

GESSER, Marivete; MELLO, Anahí Guedes de. Politizar a Deficiência, Produzir Aleijamentos desde o Sul Global. **Revista Psicologia para América Latina**, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n. 36, p. 129-138, noviembre 2021.

KONARD, A. M. (2021). Access fatigue: The rhetorical work of disability in everyday life. **College English**, 83(3), 179-199.

MAIOR, Izabel. Palestra magna - O conceito social e político da deficiência e os impactos transversais da regulamentação da avaliação biopsicossocial no Brasil. **I Encontro Nacional do Comitê dos Direitos de Pessoas com Deficiência no Âmbito Judicial**, Conselho Nacional de Justiça - CNJ. 2024.

MERCHANT, Wendy; READ, Stuart; D'EVELYN, Stephen; MILES, Caroline; WILLIAMS, Val. The insider view: tackling disabling practices in higher education institutions. **Higher Education, Netherlands**, v. 80, n. 2, p. 273-287, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s10734-019-00479-0. Acesso em: 26 nov 2024.

MINGUS, Mia. Access Intimacy, Interdependence and Disability Justice. **Leaving Evidence**, San Francisco, April 12th, 2017. Disponível em: https://leavingevidence.wordpress.com/2017/04/12/access-intimacy-interdependence-and-disability-justice/. Acesso em: 10 jan. 2025.

SILVA, Guilherme Henrique Gomes de; POWELL, Arthur Belford. Microagressões no ensino superior nas vias da Educação Matemática. **Revista Latinoamericana de Etnomatemática**, vol. 9, núm. 3, pp. 44-76, 2016. Universidad de Nariño.

SUE, Derald Wing. **Microaggressions in Everyday Life Race, Gender, and Sexual Orientation**. John Wiley & Sons, Inc. Hoboken, New Jersey. 2010.

A (I)LEGITIMIDADE DO CRIME DE ATO OBSCENO E A MODERNIDADE LÍQUIDA

The (i)legitimacy of the crime of obscene act and liquid modernity

César Augusto Carra[1]

ITE - Centro Universitário de Bauru

DOI: https://doi.org//10.62140/CAC303233902

Sumário: 1, Introdução; 2 Princípio da Taxatividade; 3. O crime de ato obsceno e o contexto em que foi editado; 4. A modernidade líquida. 5. Impactos da fluidez na tipificação do ato obsceno: inconstitucionalidade ou não recepção? 6. Alternativa(s) possível(is); 7. Considerações finais.

Resumo: A partir do pensamento jurídico-sistemático e dos estudos desenvolvidos por Zygmunt Bauman este artigo reflete sobre a compatibilidade do crime de ato obsceno com os anseios e valores que permeiam uma sociedade fluída, que vive sobre os influxos da modernidade líquida. Indagando se o advento da modernidade líquida e o derretimento de certos sólidos que existiam no Estado-nação teria invalidado o crime de ato obsceno, buscando uma solução plausível, este artigo discorre sobre eventual inconstitucionalidade, não recepção ou possíveis alternativas para o delito em questão. Para a obtenção desse propósito analisa-se o crime de ato obsceno e o contexto em que foi editado para, confirmando que se trata de tipo erigido antes da Constituição de 1988, classificando-se, pois, como direito ordinário pré-constitucional, descartar o fundamento de inconstitucionalidade, visto que a situação se resolveria com base na recepção, ou não, do tipo pela nova ordem. Concluindo que o crime de ato obsceno foi recepcionado pela ordem constitucional inaugurada em 1988, partindo do pressuposto de que, segundo Bauman, atualmente se vive em uma modernidade líquida, este artigo

[1] Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Ensino de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo. Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Ensino de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino. MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado. E-mail: cesaraugustocarra17@gmail.com. Bauru, Estado de São Paulo, Brasil, 17050-790. https://orcid.org/0000-0003-1334-0971.

apresenta alternativa para, inflexionando-se perante o que está para ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 1093553/RS, assinalar que ao invés de se declarar a inconstitucionalidade da norma, deve ser reconhecida a atipicidade material da conduta, ante o princípio da adequação social. O método utilizado é o bibliográfico, mediante consulta de livros e repositórios jurisprudenciais, com a técnica qualitativa e a metodologia dedutiva.

Palavras-chave: Antijuridicidade material; ato obsceno; constitucionalidade; modernidade líquida; não recepção.

Abstract: Based on legal-systematic thinking and the studies developed by Zygmunt Bauman, this article reflects on the compatibility of the crime of obscene acts with the desires and values that permeate a fluid society, which lives under the influence of liquid modernity. Asking whether the advent of liquid modernity and the melting of certain solids that existed in the nation-state would have invalidated the crime of lewdness, and seeking a plausible solution, this article discusses possible unconstitutionality, non-recognition or possible alternatives for the crime in question. In order to achieve this goal, the crime of lewdness and the context in which it was enacted are analyzed in order to, confirming that it is a type erected before the 1988 Constitution, thus classifying it as pre-constitutional ordinary law, rule out the grounds of unconstitutionality, since the situation would be resolved based on the reception, or not, of the type by the new order. Concluding that the crime of an obscene act has been accepted by the constitutional order inaugurated in 1988, based on the assumption that, according to Bauman, we are currently living in a liquid modernity, this article presents an alternative that, in light of what is about to be decided by the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal 1093553/RS, points out that instead of declaring the rule unconstitutional, the material atypicality of the conduct should be recognized, given the principle of social appropriateness. The method used is bibliographical, by consulting books and case law repositories, with a qualitative technique and deductive methodology.

Keywords: Material illegality; obscene act; constitutionality; liquid modernity; non-reception.

1. INTRODUÇÃO

A validade, ou não, do crime de ato obsceno assumiu posição de destaque quando o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a repercussão geral da matéria, passou a discutir esse assunto no bojo do Recurso

Extraordinário 1093553/RS, relator Ministro Luiz Fux, Pleno[2]. Originado de julgamento proferido pela Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, que concluiu pela inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal, registrado como Tema nº 989, por intermédio daquele recurso o Supremo Tribunal Federal debruça-se sobre a constitucionalidade do crime de ato obsceno, positivado no art. 233 do Código Penal e que considera típica a conduta de "praticar ato obsceno em local público, ou aberto ou exposto ao público".

O fundamento da inconstitucionalidade é a afronta ao princípio da reserva legal, no que se refere à taxatividade do tipo penal. Invocado, como parâmetro de controle, o art. 5º, XXXIX da Constituição de 1988, que consagra o princípio da taxatividade, tendo como recorrente o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, apesar de ter sido pautado para ser julgado na sessão de 16/03/2022, aos 10/03/2022 o recurso é tirado de pauta pelo Tribunal. Ainda que não se divise, no horizonte próximo, uma data para que a questão venha a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, a discussão travada no Recurso Extraordinário 1093553/RS merece reflexões pela academia, notadamente quando a criminalização do ato obsceno, para além de constituir locução substantiva de difícil significação, representa o produto de uma política criminal sólida, datada de 1940, que já não mais encontra ressonância no contexto da sociedade brasileira atual que, com apoio na doutrina de Zygmunt Bauman[3] e na redação constante do preâmbulo da Constituição de 1988, classifica-se como uma sociedade da modernidade fluída, porquanto plural. Eis a razão pela qual, provocado pelo tema e considerando que o art. 233 do Código Penal traz em si uma contradição

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1093553. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Adriano Machado de Abreu. Relator: Min. Luiz Fux, 29 de março de 2018. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314052352&ext=.pdf. Acesso em 28 jan. 2024.

[3] BAUMAN, Z. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

valorativa com a liquidez dos tempos atuais, colimando prestar o devido contributo à temática, inclusive mediante a apresentação de alternativa(s) que não a declaração da inconstitucionalidade, é que se elabora esse artigo.

A conduta criminalizada pelo art. 233 do Código Penal está em sua redação original, remontando a 07/12/1940, quando o referido diploma foi decretado por Getúlio Vargas. Subsistindo ao advento de quatro constituições (1946, 1967, 1969[4] e 1988), se o art. 233 do Código Penal foi editado quando vigia a Constituição de 1937, marcada por uma sociedade sólida[5], se a Constituição de 1988 for utilizada como parâmetro de controle, será possível cogitar de inconstitucionalidade ou a solução repousa na recepção, ou não, do artigo pela nova ordem constitucional?

Não sendo, a discussão acerca da constitucionalidade, ou não, do art. 233 do Código Penal, solução tão simples, aproveitado o momento propício gerado pela repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a academia tem de refletir sobre a posição desse preceptivo frente a Constituição de 1988, especialmente diante da redação do art. 25, *caput* de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e das modificações que a sociedade brasileira experimentou nesse ínterim para, tão somente após isso, verificar se existe uma alternativa possível para evitar a responsabilização penal de condutas que, ao que se constata, carecem de antijuridicidade material.

Calcado naqueles propósitos é que esse artigo introduz o tema, buscando contribuir com a academia ao lançar novas luzes sobre a questão que pode tornar, pela via hermenêutica, a legislação penal brasileira mais justa, eficaz e racional, evitando a criminalização da moral, da cultura e dos costumes.

---

[4] Considerando que a Emenda Constitucional nº 01 foi, de fato, uma nova constituição e não mera reforma da Constituição de 1967.

[5] Para Bauman, sociedade sólida é aquela sociedade sólida que existe na era de rigidez, caracterizada por valores comuns e relações duradouras (BAUMAN, Z. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.)

O método utilizado é o bibliográfico, com técnica qualitativa e metodologia dedutiva.

2. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Ao analisar a teoria da norma jurídica descobre-se que essa pode ser constituída tanto de regras, como de princípios. Conduzindo à conclusão de que o direito contempla em si essa ambivalência de normas, os princípios podem ser concebidos como os mandamentos de otimização do sistema que, na condição de postulados nucleares, dotados de alta abstração e valoração, conferem racionalidade ao sistema normativo, a ponto de estarem em patamar superior às regras. Relevantes para a interpretação do sistema, com o surgimento do garantismo, os princípios ganham maior importância para o direito penal que, na posição de *ultima ratio* da manifestação da força estatal para ordenar o convívio social, não pode ficar sob o crivo do arbítrio. Dessa feita, se a premissa utilizada para se arguir eventual inconstitucionalidade do art. 233 do Código Penal está centrada no princípio da taxatividade, afora a breve conceituação do que é princípio, deve-se introduzir a ideia que perpassa pela taxatividade e a correspondência que esse princípio mantém com o princípio da legalidade.

Embora não exista uniformidade doutrinária quanto a origem do princípio da legalidade, havendo quem defenda, a exemplo de Nelson Hungria[6], que remonta as *questiones perpetuae* e aqueles que sustentam que a primeira manifestação foi a *Magna Charta Libertatum*, em 1215, soa remansoso que o princípio da taxatividade pode ser extraído dos estudos desenvolvidos por Luigi Ferrajoli que, nos idos de 1989, inspirado pelo ideal iluminista, editando a obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, deu profusão ao garantismo penal. Calcado na proteção do indivíduo frente ao exercício do poder punitivo estatal, Ferrajoli aloca o princípio da taxatividade como a viga

[6] HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 35-36.

mestra de seu discurso, pois, sendo complementar ao princípio da legalidade, para a garantia do direito e a proteção da liberdade inata do individuo não basta a observância do adágio *nullum crimen et nulla poena sine lege* - que retrata a mera legalidade - exigindo-se, do legislador, que na formulação dos tipos penais empregue palavras ou expressões exatas, tudo isso para a coibição de ambiguidades semânticas, mediante a utilização de tipos abertos, pois, como adverte Nilo Batista[7]:

> Formular tipos penais "genéricos ou vazios", valendo-se de "cláusulas gerais" ou "conceitos indeterminados" ou "ambíguos", equivale teoricamente a nada formular, mas é praticamente e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso, em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo.

Impondo, ao legislador penal, como requisito formal e de legística que na elaboração da norma penal incriminadora atenda-se ao requisito da clareza e da precisão, em tempos hodiernos, o princípio da taxatividade é extraível não somente do art. 5º, XXXIX da Constituição de 1988, que prescreve "não haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal[8]", como também do art. 11, II, *a* a *c* da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

---

[7] BATISTA, N. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 78.

[8] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2024.

3. O CRIME DE ATO OBSCENO E O CONTEXTO EM QUE FOI EDITADO

Tipificado pelo art. 233 do Código Penal, o crime de ato obsceno está assim redigido: praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público.

Contando como correspondente histórico mais próximo o delito de ultraje público ao pudor, previsto no art. 282 da Consolidação das Leis Penais de 1932, continuando a utilizar expressões abertas, conforme declarado por Francisco Campos, na Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940, na configuração do ultraje público ao pudor, o projeto excede de muito em previdência à lei atual".

Eclodido durante a Era Vargas (1930-1945), o crime de ato obsceno representa uma escalada da legislação pátria na tutela da moral, visto que o Estado Novo[9], inspirando-se no modelo de Estado-nação, buscava infundir na sociedade brasileira a identidade nacional.

Contando com Francisco Campos como um dos principais articuladores da ideologia difundida pelo Estado Novo na área jurídica, o regime varguista, pretendendo obter o controle hegemônico da população brasileira, homogeneizando os indivíduos sob o rótulo de nacionais, arvorava o Estado na condição de responsável por manter a moral e o civismo.

Invocada, a organicidade da nação, para planificar, de modo ditatorial – haja vista que no Estado Novo não houve plena participação da vontade popular - os valores que permeavam a sociedade brasileira na década de 40, diante do contexto em que o crime de ato obsceno foi decretado, existia uma preocupação por parte das classes e forças dominantes quanto ao estabelecimento da polícia dos costumes, pois, caso os ideais do regime Vargas

[9] Período ditatorial vivido pelo Brasil.

não fossem assimilados pelo convencimento, remanesceria o uso da força, mediante o aparato estatal coercitivo.

Convergindo, a criminalização da moral, com as finalidades que levaram Getúlio Vargas a instituir o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), para além de representar uma tentativa de uniformização da população brasileira, o crime de ato obsceno estabeleceu um discurso contrário aos ideais liberais, que eram tão criticados pelo regime varguista[10].

Ao cingir a objetividade jurídica do crime de ato obsceno à proteção do pudor público e da moral pública contra ofensas, o art. 233 do Código Penal, estabelecendo um crime de perigo abstrato, utilizando propositalmente de um conceito vago, protegendo o pudor público, almejou atribuir-lhe um sentido universalizante. Todavia, sendo os vocábulos pudor público e ofensa termos heterodoxos e mutáveis, essa abertura conceitual faz com que o estabelecimento do que constitua, ou não, violação ao pudor público ou a moral pública, seja aferido com base no critério mediano[11], ou seja, em sua acepção original pode-se afirmar que o pudor público que a norma buscava perpetuar e proteger era aquele que convergia com a ideologia e com os valores que emulavam o Estado Novo.

Na contramão do que defende Cezar Roberto Bitencourt[12], no sentido de que "as normais penais incriminadores, ou seja, aquelas que descrevem condutas típicas, compõe-se de normas completas, integrais, possuindo preceitos e sanções, sem a complementação de outras", o art. 233 do Código Penal, ao utilizar a locução ato obsceno, emprega conceito jurídico indeterminado.

---

[10] FONSECA, P. C. D. Vargas: o capitalismo em construção (1906-1954). 3. ed. ver. São Paulo: Hucitec Editora, 2014.

[11] Durante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso em Mandado de Segurança nº 18.534/SP, o Ministro Aliomar Baleeiro assim se pronunciou: "À falta de conceito legal do que é pornográfico, obsceno ou contrário aos bons costumes, a autoridade deverá guiar-se pela consciência do homem médio de seu tempo, perscrutando os propósitos dos autores do material suspeito [...]".

[12] BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 201.

Classificando-se como um tipo penal aberto, a definição de seu elemento normativo (ato obsceno), necessita de uma valoração por parte do aplicador, razão pela qual, diante da ausência de uma redação precisa enunciando o que seja obsceno, a norma do art. 233 do Código Penal carece de ser complementada pelos costumes. Ou seja, a definição da obscenidade reclama uma valoração cultural amparada no padrão médio[13], valoração essa que é mutável ao longo do tempo. O obsceno não existe por si mesmo e a constatação da obscenidade depende de condições objetivas de tempo, modo e lugar e de condições subjetivas que dizem respeito ao emissor e ao receptor do ato. Por isso que José Luiz Díez Ripollés[14], comentando sobre os crimes sexuais, reconhece estar ínsita aos elementos normativos de tais delitos a existência de valorações morais, o que não se coaduna com as exigências atuais do direito penal. O emprego de expressões desprovidas de univocidade semântica permite sua apropriação pelas classes dominantes de determinados períodos para que as tentem colocar como definições universais. Eis o motivo pelo qual Pierre Bordieu[15] admoestar que:

> A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais, e, por definição, sociais, 'universais', os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante tendem a informar realmente as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito de universalização, a que se poderia também chamar efeito de normalização, vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legitima e os seus detentores já

[13] Nesse sentido veja-se no direito comparado o caso Miller v. California, 413 US 15 (1973), julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 21 de junho de 1973 e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil), no Recurso Extraordinário 898.450/SP, apreciado aos 17 de agosto de 2016.

[14] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. El derecho penal ante el sexo: límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual. Barcelona: Bosch, 1981, p. 225.

[15] BORDIEU, P. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998, p. 246.

> exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica.

Ao utilizar um tipo aberto, o art. 233 do Código Penal, dentro do espírito do regime varguista, tenta uniformizar, moralmente, a sociedade brasileira com vistas à construção de uma ordem racional, produtora de uma sociedade ideal, tendo o Estado como seu censor natural. Porém, essa premissa peca por desconsiderar que o direito, enquanto um fenômeno histórico e cultural, não está isento as pressões externas, muitas delas exercidas pela classe minoritária dominante que, segundo seus próprios valores, elevam-no a um sentido universal, como se o padrão médio do pudor público de uma determinada coletividade fosse algo estabelecido consensualmente por todos os indivíduos envolvidos. De matriz ditatorial, o crime de ato obsceno traz consigo um intrincado ideário gerado no Estado Novo que, se fazia sentido na Era Vargas, com sua tendência policialesca de criminalizar os costumes e a moral pública, não subsiste ao advento da modernidade líquida e os valores fluídos que permeiam a contemporânea sociedade brasileira, marcadamente plural. Reminiscência de um período crítico da história brasileira, marcado pela dissolução do Congresso Nacional[16], a subsistência da criminalização do ato obsceno confirma o que já era alardeado por Luzia Margareth Rago[17], de que:

> [...] ao contrário dos povos de origem puritana, como os norte-americanos, nos quais o lado racional e administrador é mais forte do que o instintivo, o Brasil não consegue romper com o passado arcaico, pesado, conservador e autoritário, que entrava sua marcha rumo ao progresso.

[16] Decreto n. 19.938, de 11 de novembro de 1930.
[17] RAGO, L.M. Sexualidade e identidade na historiografia brasileira. Anais do XIX Simpósio Nacional de História – ANPUH. Belo Horizonte, 1997 p. 187.

4. A MODERNIDADE LÍQUIDA

Desenvolvida por Zigmunt Bauman, a ideia de modernidade líquida pode ser compreendida como um período de desregulamentação e fragilidade dos laços humanos, onde a individualização é constante e indeterminada. Argumentado que a individualização não está atrelada à plena liberdade, mas sim a um viés ideológico que impõe a necessidade de transformação contínua, em sua modernidade líquida Bauman discute as identidades fluídas e líquidas no mundo contemporâneo, analisando as mutações culturais desde a construção do Estado-Nação até a globalização.

Infundido, no espírito do constituinte de 1988, o ideal de constituição de uma sociedade pluralista, sem preconceitos e fundamentada, dentre outros, na harmonia social, se no Brasil, a modernidade é marcada pela rápida urbanização e industrialização, com efeitos complexos que necessitam ser compreendidos melhor, considera-se não poder existir um padrão médio de conduta que, diante do viés multiculturalista, permita aquilatar ou apreender os valores morais necessários para definir o que seria obsceno ou contrário ao pudor público. Por isso que a modernidade líquida, para nós, exerce influência determinada na compreensão da (i)legitimidade da criminalização do ato obsceno.

5. IMPACTOS DA FLUIDEZ NA TIPIFICAÇÃO DO ATO OBSCENO: INCONSTITUCIONALIDADE OU NÃO RECEPÇÃO?

Delimitadas as premissas básicas desse artigo e demonstrado, com base em referencial bibliográfico, que a sociedade brasileira atual está na pós-modernidade, sendo denominada por Bauman como modernidade líquida, desvelados os impactos que a fluidez dos tempos hodiernos promove na cultura e nos valores sociais, resta indagar se essas transformações conduziriam a inconstitucionalidade ou se implicariam na não recepção do art.

233 do Código Penal pela ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988.

Não sendo escopo desse artigo o estudo mais aprofundado da temática controle de constitucionalidade, para o que interessa para fins de compreensão da problemática de pesquisa aqui apresentada é o entendimento atual de não ser possível, pela via concentrada, o controle de constitucionalidade do direito ordinário pré-constitucional tendo como parâmetro a Constituição de 1988, pois, com espeque no princípio do *tempus regit actum*, a conformidade do direito ordinário anterior deve ser aferida à luz do ordenamento constitucional vigente à época em que foi editado.

Tendo o Supremo Tribunal Federal proclamado "[...] que a constitucionalidade de normas jurídicas que foram promulgadas antes da entrada em vigor da Constituição de 1988 deve ser aferida, na via do controle difuso, de acordo com a Constituição vigente à sua época[18]", assentado que o art. 233 do Código Penal, porque mantido até hoje em sua redação original, classifica-se como direito ordinário pré-constitucional, ainda que se admita o controle de constitucionalidade pelo sistema difuso, esse terá como parâmetro de controlo a Constituição de 1937, texto que vigorava ao tempo em que fora decretado. Assim, se as vozes que se insurgem contra o art. 233 do Código Penal pretendem acoimá-lo de inconstitucional, devem perscrutar se em sua elaboração ou se em seu conteúdo, o artigo ofendeu algum preceito da carta do Estado Novo, situação que, aprioristicamente, não se divisa ter acontecido, dado que o princípio da legalidade e da taxatividade sequer eram previstos dentro do rol de direitos e garantias individuais, limitando-se, o texto de 1937, a sagrar o princípio da anterioridade (art. 122, 13), sendo que seu art. 12 autorizava o Presidente da República a expedir decretos-leis. Nesse sentir, se não existe um descompasso entre o art. 233 do Código Penal e a Constituição de 1937, reputa-se equívoca a alegação de que o preceptivo é inconstitucional,

[18] MENDES, G.M; BRANCO, P.G.G. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1181.

porque contraria o disposto no art. 5º, XXXIX da Constituição de 1988 que, como dito, não pode servir de parâmetro de controlo do direito ordinário pré-constitucional, ainda que na via difusa. E se defende que o art. 5º, XXXIX da Constituição em vigor não presta como parâmetro porque, dispondo sobre um requisito de redação do tipo penal, encarna norma constitucional de natureza formal, e não material, máxime quando sua intenção foi posteriormente encampada pelo legislador infraconstitucional ao editar a Lei Complementar nº 95, de 1998, que dispõe sobre a legística; ou seja, regulamentando o art. 59, parágrafo único do texto constitucional, disciplina o processo de redação, formulação e elaboração de leis.

A eventual contrariedade do art. 233 do Código Penal com a Constituição de 1988, sobretudo com o princípio da taxatividade, não deve ser resolvida segundo a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma, mas sim, com apanágio na recepção, ou não, do tipo pela nova ordem constitucional, pois, se constituição ulterior acarreta na novação do direito anterior, existindo divergência material, o direito pré-constitucional não será novado, considerando-se revogado pela aplicação do critério cronológico de solução de conflito aparente entre normas. Conforme destaca Norberto Bobbio, é mediante a recepção que "[...] um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas, com respeito à forma[19]". Assim, ainda que a Constituição de 1988 tenha previsto, no art. 25, *caput* de seu ADCT, que estariam revogados, a partir de cento e oitenta dias de sua promulgação, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, não constituindo, o dito preceptivo, uma cláusula de revogação, ou seja, de não recepção automática, o Supremo Tribunal Federal formou sua jurisprudência no sentido de que apenas não seria recepcionado o direito

[19] BOBBIO, N. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995, p. 177.

ordinário pré-constitucional quando materialmente incompatível com o texto da Constituição de 1988.

Dessarte, não se perquirindo a não recepção sob o prisma formal, ainda que se reconheça que tal classificação não está infensa a críticas, conclui-se que o princípio da taxatividade não constitui requisito de constitucionalidade material, mas sim, formal, pois, dizendo respeito ao processo legislativo, impõe ao legislador um requisito formal-objetivo de como redigir a norma penal incriminadora, a fim de que seja certa e detentora de univocidade semântica.

Por estar relacionado à redação, ou seja, a fase embrionária do processo de elaboração da lei penal, ainda que consagrado por um princípio elevado à condição de garantia fundamental do individuo, o postulado da taxatividade não alberga requisito de constitucionalidade material, mas sim, formal e, por ser formal, contemplando uma norma de produção normativa voltada à legística, não impede o reconhecimento de que o art. 233 do Código Penal foi recepcionado pela Constituição em vigor. Não se olvida que ao empregar a locução substantiva ato obsceno, o legislador penal de 1940 foi infeliz feliz, porque, enquanto conceito aberto, é de forçosa definição, carecendo de indicação explícita dos valores que o legislador colimou tutelar, especialmente quando existiu uma verdadeira revolução cultural e moral da década de 40 até os tempos atuais.

Desse modo, concordando que o art. 233 do Código Penal não atende ao postulado da taxatividade, travestido no requisito da precisão, apenas se demonstra que essa desconformidade não impede a sua recepção pela Constituição de 1988, indicado que a inconstitucionalidade e a não recepção não servem de argumentos suficientes, num discurso legitimante e segundo a dogmática jurídica, para extirparem, sob o prisma da invalidade ou da revogação da conduta típica, o tipo do ordenamento jurídico penal.

6. ALTERNATIVA(S) POSSÍVEL(IS)

Apresentada a ideia de que o art. 233 do Código Penal não pode ter sua validade esgrimida com base na Constituição de 1988 e demonstrado que a despeito de ofender ao princípio da taxatividade, por constituir norma de constitucionalidade formal, o preceito do art. 5º, XXXIX não legitima a alegação de não recepção, cabe agora apresentar a(s) alternativa(s) possível(is) para obstar(em) que os indivíduos sejam responsabilizados pelo delito de ato obsceno, partindo do pressuposto de que se encontra válido e em vigor.

A primeira alternativa em que se poderia pensar consiste na revogação, pela via legislativa, do tipo em questão, pois, se o contexto cultural e a moral da sociedade brasileira foram profundamente alterados da década de 40 até os dias atuais[20], existiriam razões mais do que suficientes para que, no uso da política criminal, o Congresso Nacional implementasse a *abolitio criminis*, o que inclusive está em discussão no Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Todavia, por parecer solução simplista, a revogação do art. 233 do Código Penal[21], para além de depender da boa vontade do legislador, não é a única forma de resolução que se avista. Outra existe, que é a ausência de

[20] Sobre as transformações vivenciadas pela sociedade brasileira, tem-se a seguinte alusão realizada pelo então senador José Sarney, Presidente do Senado Federal, no PLS nº 236, de 2012: "A legislação penal vigente há muito não representa as práticas sociais de um povo que sofreu significativas transformações. Não somos mais uma sociedade predominantemente agrária; não somos mais uma sociedade que pouco participa do conserto das nações; não somos mais uma sociedade pouco industrializada; não somos mais uma sociedade que tolera, ou mesmo feche os olhos, para tratamentos discriminatórios em relação às mulheres, a outras etnias, a outras crenças religiosas ou às pessoas portadoras de necessidades especiais. Passamos a ser uma sociedade democrática. Somos um povo que mudou e que, atualmente, se depara com novos desafios, novas invenções, novos conceitos e novas ameaças. O Brasil em 1940 tinha 42 milhões de habitantes; hoje já estamos aproximando de 200 milhões".

[21] Que consta expressamente do relatório final apresentado pela Comissão de Juristas encarregada pela elaboração do anteprojeto de reforma do Código Penal Brasileiro, que culminou no PLS nº 236, de 2012, a saber: "Crimes contra a liberdade sexual: atualização, revogação e criminalização. Poucos títulos do Código Penal se mostram tão defasados em face das práticas e necessidades de proteção social atuais como o dos crimes contra a dignidade sexual. Embora o texto de 1940 tenha recebido modificações pontuais, elas não foram suficientes para honrar o nome atual do título — crimes contra a dignidade sexual — permanecendo, como sombra, o nome antigo, talvez mais revelador da ideologia de tipificação ali encontrada: crimes contra os costumes. A proposta da Comissão, portanto, é fortemente descriminalizadora, propondo a supressão dos crimes de "violação mediante fraude", art. 215, "mediação para satisfazer a lascívia de outrem", art. 227, "casa de prostituição", art. 229, "rufianismo", art. 230, "ato obsceno", do art. 233 e "escrito ou objeto obsceno", art. 234".

antijuridicidade. Com o surgimento do finalismo de Hans Welzel, a dogmática penal, desenvolvendo o conceito analítico de crime, apresentou como elementos constitutivos desse a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade. Definido, em singelas palavras, como a ação típica, antijurídica e culpável, mirando os olhos no elemento da antijuridicidade, que ilustra a relação de contrariedade do fato humano com o direito, apesar das diversas conceituações[22], se com base na teoria tridimensional o direito constitui um elemento da cultura, porquanto constituído de fato, norma e valor, se na visão de Giuseppe Bettiol são os valores que dão conformação ao crime, adjetivando a ação humana de justa ou injusta, certa ou errada, partindo do pressuposto de que toda norma carrega em si um valor intrínseco, ao proceder à análise da injuridicidade da conduta, resta ao juiz inferir, segundo a jurisprudência dos interesses, os valores plasmados pelo legislador penal.

Cingida, a atuação do juiz, à detecção e à proteção dos valores que foram reputados dignos, pelo legislador, da tutela penal, a contar do momento que se identifica que os valores, além de não terem sido bem definidos, carecendo de critérios objetivos, foram suplantados pela modernidade líquida decorrente da sociedade plural, é o elemento da antijuridicidade que resta comprometido, especialmente quando o juiz, ao menos conforme a jurisprudência dos interesses, não pode se fazer substituir ao legislador.

A elasticidade do tipo penal contido no crime de ato obsceno coloca o julgador em uma posição singular, pois, jungido à norma, ainda que o legislador penal tenha empregado, de modo intencional, um conceito abstrato, justamente para dar perenidade ao tipo frente às oscilações morais, culturais e sociais que fatalmente seriam, e foram, experimentadas pelo mundo ocidental, não outorga critérios objetivos para definir, pela via interpretativa, em que determinado grau ou contexto específico ato pode, ou não, ser considerado obsceno. Nesse diapasão, se "la 'apertura' de los textos de derecho, aunque suficiente para permitir que el derecho permaneza al servicio de la realidad no

[22] Maurach, Welzel, Bettiol, Reale Júnior, dentre outros

es absoluta"[23] e se para compreender que determinada conduta ultraja a moralidade pública é necessária uma abordagem quase que sociológica, mediante a observação dos hábitos sociais que variam no tempo e no espaço no seio de um mesmo povo e de uma mesma comunidade, podendo se cogitar até mesmo de afronta à igualdade formal, travestida no pressuposto da generalidade da lei, se o pudor público é algo tão plástico, tem-se que pela estrutura da tipicidade objetiva, aliada a profunda transformação vivenciada pela sociedade brasileira, a objetividade jurídica tutelada pelo crime de ato obsceno não mais corresponde aos anseios de uma sociedade globalizada, pós-moderna, líquida e plural, como a brasileira dos tempos hodiernos que, massivamente, não mais coaduna com a polícia dos costumes, nem dispõe de padrões médios para aquilatar a obscenidade, ou não, de determinado ato.

Com a superação da concepção hegeliana, que não distingue o direito da moral, o direito, especialmente o penal, não pode invadir ou regrar condutas que pertencem privativamente a moral, pois, de acordo com Franz von Lizt, ao Direito Penal incumbe aplicar "[...] la defensa más enérgica de los interés especialmente dignos y necessitados de protección, por medro de la amenaza y execución de la pena, considerada como um mal contra el delincuente[24]". O crime de ato obsceno é um bom exemplo da importância da teoria do mínimo ético, desenvolvida por Georg Jellinek e que defende que o direito ilustra os preceitos morais mínimos para o bom funcionamento da sociedade. Se a polícia dos costumes guardava correspondência com os anseios de uma sociedade que se dizia moralista e sólida, esse ideário, caso não tenha sucumbido com a derrocada do Estado Novo, não subsistiu ao advento da sociedade pós-moderna, própria do século XXI e que derreteu os sólidos que marcaram as eras passadas. Concebido na Era Vargas, o crime de ato obsceno constitui produto de um Estado nacional-socialista, autoritário e centralizador, que exprime a vontade do regime varguista de dominar a

[23] GRAU, E.R. Interpretación y aplicación del derecho. Madrid: Dykinson, 2007, p. 198.

[24] LIZT, F. Tratado de Direito Penal. Madrid: Réus, 1927, t. 2, p. 09.

sociedade brasileira pela hegemonia. Instrumento de coerção, destinado a padronizar cultural e moralmente a sociedade brasileira, pode-se raciocinar que a criminalização da moral foi também um dos mecanismos encontrados pelo governo Vargas para alcançar o ideal nacionalista, pautado na disciplina e na hierarquia.

Definidos, os valores morais da população brasileira, por uma elite dominante que pretendia constranger as classes populares garantindo a estabilidade e a estrutura social do país[25], se o crime de ato obsceno exsurgiu em um contexto ditatorial, desprovido de qualquer vontade popular, existem razões mais do que suficientes para demonstrar que esse estamento derruiu frente à pós-modernidade que, em ebulição, alterou os valores imanentes que eram apregoados pela ideologia nazifascista defendida por Vargas. Liquefazendo os sólidos estabelecidos pelo Estado Novo, o pós-modernismo se arraiga em valores menos rígidos e, enaltecendo uma sociedade plural, protege a liberdade de expressão e de pensamento, preservando igualmente as manifestações culturais sem o crivo de padrões médios. Na obra Modernidade Líquida, Zygmunt Bauman afirma que a pós-modernidade transformou tudo em mais líquido e, diante dessa fluidez social, não existe mais espaço para a manutenção da ideia incorporada pelo Estado-nação, de se arrogar na posição de responsável pela proteção e manutenção da moral e do civismo. As transformações vivenciadas pela sociedade brasileira como um todo, especialmente no período pós-segunda guerra mundial, tornou o crime de ato obsceno anacrônico, pois, repudiada a criminalização da moral, o Estado deve preservar a comunidade mediante o padrão do mínimo ético.

O ultraje público, que constitui a mola propulsora do crime de ato obsceno, não demonstra, em um contexto pós-moderno, de que modo tal conduta pode colocar em risco a comunidade brasileira, motivo pelo qual, para que o individuo seja liberto dessa herança panóptica deixada pelo Estado Novo, deve ser adequado ao sistema. O crime de ato obsceno, reminiscência

[25] Por isso pode-se classificar o crime de ato obsceno como um tipo totalitário.

do regime ditatorial, traz consigo uma contradição valorativa, pois, os valores por ele protegidos não mais equivalem aos vigentes na sociedade brasileira atual. Assim, apesar de Karl Engisch, citando o posicionamento do Tribunal do Reich, entender que a contradição valorativa não pode ser corrigida pelo juiz, por albergar uma contradição tão imanente, de acordo com Claus-Wilhelm Canaris, considera-se possível a atuação corretiva da jurisprudência para, combatendo o discurso despótico esclarecido, extirpar essa antinomia, notadamente diante da abertura do sistema, pois, "[...] deve-se evitar, perante a obtenção do Direito a partir do sistema, o mal-entendido de que o sistema é sempre dado, de antemão, como pronto e, desde logo, faculta as soluções para os problemas[26]". O sistema normativo alberga valores em si e, ainda que não se negue que a modificação do Direito caiba precipuamente ao legislador, inclusive para a correção de contradições valorativas, pela abertura do sistema normativo existirão situações em que essa atuação direta do legislador será prescindível, isso porque, compreendido sob o prisma de sistema objetivo e sistema científico, assinalado que existe uma ordem jurídica pré-existente, que na seara do Direito Penal é definida por Miguel Reale Júnior como antijuridicidade pré-normativa, de acordo com Canaris "[...] as modificações no sistema podem, também, partir dela[27]". Admitida, por Canaris, a modificação do sistema científico com base numa espécie de direito consuetudinário derrogante, que tem o condão de alterar o sistema objetivo[28], por mais que o costume *contra legem* não seja permitido pelo art. 2º, *caput* do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, o anacronismo do crime de ato obsceno, que não mais guarda pertinência com os valores fundamentais constitutivos da sociedade brasileira atual, pode ser solvido pela via

[26] CANARIS, C.W. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 189.
[27] CANARIS, C.W. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 118.
[28] "[...] o sistema científico modifica-se quando tenham sido obtidos novos os mais exactos conhecimentos do Direito vigente ou quando o sistema objetivo ao qual o científico tem de corresponder, se tenha alterado; o sistema objetivo modifica-se quando os valores fundamentais constitutivos do Direito vigente se alterem" (CANARIS, C.W. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 112).

interpretativa, porquanto, ao invés de declarar a norma inconstitucional ou revogada, o juiz deve proferir sentença absolutória por existir circunstância que exclua o crime, porque, a adequação social é o reverso da antijuridicidade material.

O conceito analítico considera o crime como ação típica, antijurídica e culpável. Afetando, as transformações vivenciadas pela sociedade brasileira atual, os valores que o crime de ato obsceno buscava, no passado, proteger, no contexto hodierno o crime carece de justificação, motivo pelo qual, se a antijuridicidade formal, que inquina com o sistema científico, deve corresponder à antijuridicidade material[29] (equivalente ao sistema objetivo), demonstrado que o ato obsceno não mais contraria, segundo a visão pós-moderna, à sociedade, a criminalização da conduta não pode prosperar. Como apregoa Miguel Reale Júnior, existe "em cada época, uma antijuridicidade genérica, pré-normativa, parte desta atmosfera que constitui o mundo circunstante, que está presente na consciência jurídica dos indivíduos e que irá presidir e inspirar todo o ordenamento[30]". Nesse diapasão, competindo ao legislador penal proteger os valores que constituem a antijuridicidade pré-normativa, ou seja, a antijuridicidade material, denotada a contradição valorativa entre os interesses albergados pelo crime de ato obsceno e os interesses encampados pela modernidade fluída, a antijuridicidade formal resta infirmada. O individuo, ao praticar a conduta considerada proibida pelo art. 233 do Código Penal, não age contra, mas sim, conforme o direito fixado pelo sistema objetivo[31] e, ainda que não formalmente revogado pelo legislador, em função da ausência de correspondência entre o sistema

[29] Antijuridicidade formal e antijuridicidade material são a dicotomia formulada por Franz von Lizt.
[30] REALE JÚNIOR, M. Antijuridicidade concreta. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 2.
[31] Sobre o tema, a conceituação defendida por Maurach, para quem: "la teoria de la antijuridicidad es, em la práctica, una teoria de lo conforme al derecho, a saber, la presentación de aquellas condutas que, apesar del cumprimento del tipo, son, em caso particular, no antijurídicas, y por lo tanto irrelevantes para el Derecho Penal" (MAURACH, R. Tratado De Derecho Penal. Barcelona: Ariel, 1962, p. 347).

científico e o sistema objetivo, diante da adequação social da conduta[32], é esse último quem deve prevalecer.

À guisa da conclusão, o crime de ato obsceno continua típico e culpável. Mas as profundas alterações sociais, morais, éticas e culturais verificadas na sociedade brasileira da década de 40 até os tempos atuais suplantaram os valores tutelados pela norma penal que, em decorrência de seu anacronismo, carece atualmente de antijuridicidade material. Assim, o artífice que perpetra a ação típica age acobertado por uma causa de justificação supralegal, qual seja, a adequação social que, com base no pensamento sistemático, afeta a antijuridicidade formal, excluindo a ilicitude e, portanto, o crime. Dessa forma, a questionabilidade do crime de ato obsceno não está na dependência da aferição de sua compatibilidade, ou não, com o princípio da taxatividade, reclamando discussão muito maior, consistente na adequação social da conduta, que afasta a antijuridicidade material.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo discute a justificação do crime de ato obsceno à luz do sistema histórico-positivo, focado na modernidade líquida, destacando que, apesar de não ser inconstitucional, a tipificação do ato obsceno não atende ao requisito da precisão, conforme o princípio da taxatividade. A relevância da criminalização do ato obsceno deve ser questionada, considerando a adequação social e as transformações morais, éticas e culturais da sociedade pós-moderna. Portanto, a solução para a criminalização do ato obsceno não reside na validade da norma, mas na estrutura do crime e sua eficácia social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[32] A prevalência do sistema objetivo e da adequação social da conduta pode ser confirmada com base na força normativa dos fatos.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BATISTA, N. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BAUMAN, Z. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BETTIOL, G. **Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1977.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.

BORDIEU, P. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1719965420166&disposition=inline. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. **Relatório final**. Inclui o histórico dos trabalhos, o anteprojeto do novo Código Penal e a exposição de motivos das propostas efetuadas. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3503133&disposition=inline. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 18534**. Recorrente: Editora Abril Ltda. Recorrido: Juiz de Direito da Vara de Menores da Capital. Relator: Min. Themistocles Cavalcanti, 01 de outubro de 1968. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118622/false. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898450**. Recorrente: Henrique Lopes Carvalho da Silveira. Recorrido: Estado de São Paulo. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de agosto de 2016. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4804268. Acesso em 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1093553**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Adriano Machado de Abreu. Relator: Min. Luiz Fux, 29 de março de 2018. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314052352&ext=.pdf. Acesso em 28 jan. 2024.

CANARIS, C.W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. **El derecho penal ante el sexo**: límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual. Barcelona: Bosch, 1981.

ENGISCH, K. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. **Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)**, 21 de junho de 1973. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/413/15/. Acesso em 10 ago. 2024.

FERRAJOLI, L. ***Diritto e ragione: teoria del garantismo penale***. Roma-Bari: Laterza, 1989.

FONSECA, P. C. D. **Vargas**: o capitalismo em construção (1906-1954). 3. ed. ver. São Paulo: Hucitec Editora, 2014.

GRAU, E.R. **Interpretación y aplicación del derecho**. Madrid: Dykinson, 2007.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. Niterói: Editora Ímpetus, 2013.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JELLINEK, G. **Teoria general del estado**. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

JESUS, D.E. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 7 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIPOVETSKY, G. **A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo**. Lisboa, Relógio D'Água Editorial, 1983.

LIZT, F. **Tratado de Direito Penal**. Madrid: Réus, 1927, t. 2.

MAURACH, R. **Tratado De Derecho Penal**. Barcelona: Ariel, 1962.

MENDES, G.M; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RAGO, L.M. **Sexualidade e identidade na historiografia brasileira**. Anais do XIX Simpósio Nacional de História – ANPUH. Belo Horizonte, 1997.

REALE JÚNIOR, M. **Antijuridicidade concreta**. São Paulo: Bushatsky, 1974.

WELZEL, H. **Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.

A RECOMENDAÇÃO 123/2022 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO: PELA ADOÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CIDH

Recommendation 123/2022 of the Brazilian National Council of Justice: for the adoption of the jurisprudence of the CIDH

Cíntia de Almeida Lanzoni[1]

FAE – Centro Universitário

Amanda C. Buttendorff R. Beckers[2]

Uniopet – Centro Universitário

DOI: https://doi.org//10.62140/CLAB348186704

Sumário: 1. Introdução. 2. O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3. A Recomendação 123/2022 do CNJ. 4. A Aplicação da Recomendação 123/2022 do CNJ junto à Justiça do Trabalho brasileira. 5. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho aborda a Recomendação 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça brasileiro, que orienta os tribunais nacionais a adorem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, determinando ainda que os magistrados nacionais devem observar os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, quando dos julgamentos.

O problema proposto é analisar a Recomendação 123/2022 do CNJ, que se encontra vigente e que recomenda aos 'órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos'. A

[1] Coordenadora Adjunta do Curso de Direito e professora de graduação e pós-graduação da FAE Centro Universitário. Advogada. Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável pela PUCPR. E-mail: cinlanzoni@gmail.com

[2] Professora Universitária do Uniopet e da Uniandrade. Advogada. Doutora em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável pela PUCPR. E-mail: amandacbeckers@gmail.com

metodologia de pesquisa foi hipotético-dedutiva, com base teórica e documental, de caráter qualitativo, com o fito de analisar a Recomendação e sua aplicação junto ao Poder Judiciário Brasileiro. As principais conclusões apontam que o sistema jurídico brasileiro não está de fato preparado para esta abordagem necessária dos tratados e convenções internacionais, seja pelos magistrados, seja pelos demais operadores do direito, que ainda utilizam as normativas internacionais de forma muito insipiente se comparado ao potencial de tais normas.

Palavras-chave: Sistemas regionais de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Brasil; Conselho Nacional de Justiça.

Abstract: This work addresses recommendation 123/2022 of the Brazilian National Council of Justice, which guides national courts to adhere to the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, also determining that national magistrates must observe international Human Rights treaties and conventions when carrying out trials. The proposed problem is to analyze CNJ Recommendation 123/2022, which is in force, and which recommends 'the bodies of the Brazilian Judiciary to comply with international human rights treaties and conventions and the use of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights'. The research methodology was hypothetical-deductive, with a theoretical and documentary basis, of a qualitative nature, with the aim of analyzing the Recommendation and its application within the Brazilian Judiciary. The main conclusions point out that the Brazilian legal system is not in fact prepared for this necessary approach to international treaties and conventions, either by judges or by other legal operators, who still use international regulations in a very incipient way compared to the potential of such norms.

Keywords: Regional Human Rights Systems; Inter-American Court of Human Rights; Brazil; National Council of Justice.

1. INTRODUÇÃO:

Este artigo serviu a pesquisar o melhoramento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro com a adoção de tratados e convenções internacionais que abordem direitos humanos e tenham sido internalizados pelo Brasil.

O referencial estudado foi a Recomendação 123/2022 elaborada pelos CNJ, a qual sugere a adoção de normas internacionais quando o Poder Judiciário estiver diante de um litígio que possa ter violado os direitos humanos.

A metodologia aplicada para esta pesquisa foi hipotético-dedutiva, com base teórica e documental, de caráter qualitativo, com o fito de analisar a Recomendação e sua aplicação junto ao Poder Judiciário Brasileiro, mais especificamente na área trabalhista, uma vez que direitos trabalhistas estão inseridos nos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana.

Ademais, o sistema regional interamericano de amparo e proteção dos direitos humanos, apresenta estrutura madura e técnica para a análise de denúncias envolvendo a violação aos direitos humanos por Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual replica pontos defendidos pela Convenção Universal de Direitos Humanos (1948).

Portanto, a pesquisa se debruça quanto à observância da Recomendação 123/2022 do CNJ pelo Poder Judiciário, apontando os impactos desta Recomendação nas decisões proferidas pelos magistrados brasileiros.

2. O BRASIL E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:

O chamado Sistema de Proteção Internacional aos Direitos Humanos, foi criado pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pela Carta da OEA – Organização dos Estados Americanos.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga aponta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 pode ser considerado o mais importante

instrumento de proteção aos Direitos Humanos da história em âmbito internacional[3].

Alvarenga ainda salienta que as brutalidades nazistas e os crimes cometidos contra a humanidade na Primeira (1914-1918) e na Segunda Guerras Mundiais (1939-1945), bem como o lançamento das bombas atômicas em Hiroshima e em Nagasaki (em agosto de 1945), contribuíram, sobremaneira, para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948. Sendo, portanto, um documento de repúdio às atrocidades praticadas pelas nações mais abastadas e sofridas pelas nações mais frágeis, para que se reconheçam e se preservem os Direitos Humanos[4].

Foi na década de 1960 que se organizou o procedimento a ser instaurado nos casos que merecem atenção e proteção aos Direitos Humanos, quando da criação da Comissão Internacional dos Direitos Humanos. Trata-se do órgão responsável pelos documentos voltados ao tema dos direitos humanos, dentro do sistema da OEA.

Importante salientar que, conforme dispõe a Convenção, os Estados-partes tem o dever de assegurar o livre exercício dos direitos e liberdades contidos na carta. Para tanto, são responsáveis ainda pela implementação de medidas efetivas para a promoção do disposto em suas normativas.

Nesta senda, a Convenção além de prever uma sistemática de rastreamento da salvaguarda destes direitos, elenca que: *"as instituições que compõem o sistema têm a autoridade para resolver demandas e emitir decisões requerendo a*

[3] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A formação do direito internacional público e a concepção contemporânea dos direitos humanos. Revista de Direito do Trabalho | vol. 238/2024 | p. 75 - 93 | Nov - Dez / 2024 | DTR\2024\11913.

[4] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A formação do direito internacional público e a concepção contemporânea dos direitos humanos. Revista de Direito do Trabalho | vol. 238/2024 | p. 75 - 93 | Nov - Dez / 2024 | DTR\2024\11913.

ação tanto dos governos quanto de atores da sociedade civil; mas essa autoridade depende da percepção desse último grupo de que ela é exercida de modo razoável e apropriado[5].

Então, ao lado do sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, também há os sistemas regionais, que são os sistemas interamericano, europeu e africano, sendo que, no tocante ao Sistema Interamericano, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica e, ainda, seu protocolo adicional, que trata de direitos econômicos, sociais e culturais, também conhecido por Pacto de São Salvador[6].

O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos (SIDH) abarca os procedimentos contemplados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo composto de dois órgãos autônomos e independentes, que são: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos[7].

Para Sidney Guerra a atribuição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é proteger e promover os direitos humanos, sendo constituída por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral, que exercem

[5] CAVALLARO, J.L. 2002. Toward Fair Play: a decade of transformation and resistance in international human rights advocacy in Brazil. Chicago Journal of International Law, Chicago, v. 3, n. 2, p. 481-492. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1030551>. Último acesso em: 24 jan. 2025. p. 220-221.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De. O compromisso assumido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) de assegurar a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista de Direito do Trabalho | vol. 214/2020 | p. 161 - 183 | Nov - Dez / 2020 | DTR\2020\13283.

[7] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De. O compromisso assumido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) de assegurar a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista de Direito do Trabalho | vol. 214/2020 | p. 161 - 183 | Nov - Dez / 2020 | DTR\2020\13283.

suas funções em caráter individual por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos uma só vez[8].

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos é composto por quatro diplomas normativos principais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Carta da Organização dos Estados Americanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; e o Protocolo relativo aos direitos sociais e econômicos (PDESC).

Em relação aos procedimentos de apuração quanto às denúncias de violações aos Direitos Humanos, importante indicar o ensinamento de Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento E. Silva e Paulo B. Casella no tange ao modelo adotado pelo Sistema Interamericano:

> O mecanismo de proteção previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos pode ser resumido da seguinte maneira. A vítima (ou seus representantes) possui o direito de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão apreciará a admissibilidade da demanda (há requisitos de admissibilidade, entre eles, o esgotamento prévio dos recursos internos) e seu mérito. Caso a Comissão considere a demanda inadmissível ou infundada, não cabe recurso à vítima. Porém, o caso será apreciado pela Corte se algum estado-parte, que também houver reconhecido a jurisdição da Corte, ingressar com a ação contra o estado violador. Até o momento, os estados nunca exerceram tal prerrogativa (todas as ações foram propostas pela Comissão). Pode existir também solução amistosa do litígio, por meio da qual a vítima e o estado acordam compromisso, respeitados os direitos reconhecidos na Convenção. No caso de ter sido constatada violação de direitos humanos sem que o estado infrator tenha reparado o dano, a Comissão pode encaminhar o caso contra o estado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso de este ter

8 GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.372. ISBN 9788553623396.

> reconhecido a jurisdição da Corte. Proposta a ação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, há regular processo de responsabilidade internacional por violação de tais direitos, no qual é possibilitada a ampla defesa e o contraditório. Ao final, a Corte prolatará sentença internacional vinculante e determinará, caso reconheça violações de direitos protegidos, as reparações necessárias[9].

Com isso, é de se verificar que, o recebimento de denúncia de pretensa violação aos direitos humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos passa por uma análise de admissibilidade e, sendo esta admitida, torna-se um caso para julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil é, desde 1992, signatário do Pacto de San José da Costa Rica, pelo que, está submetido à jurisdição de julgamento de ambos os órgãos internacionais, devendo, deste modo, cumprir com as obrigações de reparação apontadas pela Corte em caso de condenação do Estado brasileiro.

É mister destacar que, até o momento da publicação deste artigo, o país conta com cerca de quinze condenações junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quais sejam: Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil; Caso Nogueira de Carvalho e Outro Vs. Brasil; Caso Escher e outros Vs. Brasil; Caso Garibaldi Vs. Brasil; Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil; Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil; Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil; Caso Herzog e outros Vs. Brasil; Caso dos(as) Empregados(as) da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil; Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil; Caso Sales Pimenta Vs. Brasil; Caso Tavares Pereira e outros Vs. Brasil; Caso Honorato

[9] ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento E.; CASELLA, Paulo B. Manual de direito internacional público. 26. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.447. ISBN 9786553624542.

e outros Vs. Brasil; Caso Leite de Souza e outros Vs. Brasil; Caso da Silva e outros Vs. Brasil; Caso dos Santos Nascimento e Ferreira Gomes Vs. Brasil.

Ao longo do tempo, a estrutura da Corte Interamericana de Direitos Humanos tornou-se mais robusta, incluindo a Comissão na análise de admissibilidade das denúncias, bem como na condução de investigações. Assim, uma jurisprudência foi construída pela Corte servindo para "*impulsionar e consolidar o sistema de proteção regional americano por vários aspectos, mas o fato de relacionar os direitos protegidos com a obrigação geral dos Estados de assegurar o respeito desses direitos é motivo de grande júbilo"*[10].

E, para os Estados que internalizaram os parâmetros regionais, o cumprimento às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é medida que se impõe, sob pena de violar os tratados e convenções ratificados. Notadamente porque houve o reconhecimento da importância da proteção aos direitos humanos no âmbito global e internacional.

Considerando este aspecto, os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser utilizados como fontes para fundamentar e legitimar decisões judiciais no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, ponto que foi objeto de orientação do Conselho Nacional de Justiça com a Recomendação 123/2022.

3. A RECOMENDAÇÃO 123/2022 DO CNJ:

Editada em 07 de janeiro de 2022 a Recomendação 123/2022 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ parte da premissa de que o Brasil, signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo um país que adota como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, e tendo aderido à Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual prevê que *"Estados*

[10] GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.379. ISBN 9788553623396.

Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes[11]*"*, poderia ter evitado as condenações sofridas por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A OEA implementou um sistema próprio de proteção aos Direitos Humanos. O Protocolo de Cartagena das Índias[12] é o documento de Reforma da Carta da OEA, tendo estabelecido em seus artigos vários fatores que demonstraram preocupação com a salvaguarda aos Direitos Humanos em seu âmbito.

Para além destas questões, a existência da recomendação do CNJ se justifica ainda pela aplicação do disposto no artigo art. 8º do Código de Processo Civil, quando elenca que o Estado-juiz *"ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência*[13]*"*. Tendo sido considerado pelo CNJ que *cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente*, ou seja, o órgão gestor do Poder Judiciário reconhece os impactos da globalização, da complexidade das relações humanas e da permeabilidade das fronteiras geográficas, indicando e sugerindo a aplicação de parâmetros internacionais nas decisões preferidas pelos magistrados brasileiros.

Dentre as diretrizes estratégicas do órgão para orientar a atuação do Poder Judiciário brasileiro, editada em 2016, o CNJ já preconizava a importância de *"dar concretude aos direitos previstos em tratados, convenções e demais instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos*[14]*"*.

---

[11] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em< https://www.oas.org > Acesso em 28 fev. 2025.

[12] Disponível em https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-50.htm. Acesso em 28/03/2025.

[13] BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 28 fev. 2025.

[14] CNJ. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305 > Acesso em 25 mar. 2025.

Nesta toada, verifica-se que houve uma preocupação com a observância das normativas internacionais e a aplicação dos tratados e convenções nas decisões junto ao Judiciário nacional. Mormente no que tange à promoção dos direitos humanos, cuja origem e concretude se deu na esfera do Direito Internacional.

Com isso, a Recomendação 123/2022 foi expressa em orientar os operadores do direito nacional, magistrados e servidores no seguinte sentido:

> Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:
>
> I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.
>
> II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.
>
> Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação[15].

Verificou-se neste cenário, o fato de que os Estados não mais agem isoladamente nesta temática, devendo criar, implementar e adotar mecanismos de ação conjunta. *"O Estado se acha integrado na comunidade internacional, e é missão nacional de cada povo que decide sua posição de equilíbrio na ordem da humanidade*[16]*"*. Assim, a adoção dos parâmetros internacionais no ambiente interno viabiliza

[15] CNJ. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305 > Acesso em 25 mar. 2025.
[16] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.183.

o cumprimento e observância às condenações internacionais em casos de violações de direitos humanos, visando, inclusive, melhorias no sistema nacional de modo a mitigar novas violações aos direitos humanos.

Até porque, os casos envolvendo o Brasil, em quase sua totalidade, acarretaram condenação ao Estado brasileiro, sinalizando que, em certa medida, não estão sendo promovidas mudanças e aprimoramentos no sistema brasileiro para evitar novos acionamentos e denúncias perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tampouco os parâmetros internacionais têm sido observados pelo Poder Judiciário.

Lado outro, comumente se percebe a defesa e a preocupação pela aplicação de normas internacionais pelo Ministério Público do Trabalho no que se refere aos direitos humanos, tanto que os temas são exigidos nos editais de concurso público[17] para esta carreira. Sendo crível um necessário ajuste no

[17] DIREITOS HUMANOS
1. a. Teoria Geral dos Direitos Humanos: conceito, terminologia, formação histórica, classificação, dimensões e fundamentos. Dignidade da pessoa humana.
b. Características dos Direitos Humanos. Progressividade e proibição do retrocesso. Universalidade e relativismo cultural. Multiculturalismo.
c. Fontes internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Constituição Federal de 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil: elaboração, incorporação, hierarquia e denúncia.
2. a. Interpretação dos Direitos Humanos. Interpretação conforme os Direitos Humanos. Princípios. Relação com os direitos fundamentais. Dimensão subjetiva e objetiva. Eficácia horizontal. Restrições, núcleo essencial e aplicabilidade. Duplo controle de proteção de direitos no Brasil. Bloco de constitucionalidade. Controle de convencionalidade e de constitucionalidade. Abuso no exercício de Direitos Humanos. Estado de emergência. Resolução de conflitos entre Direitos Humanos. Princípio da proporcionalidade. Convenção de Viena de 1969.
b. Alcance subjetivo dos Direitos Humanos: titulares e obrigados. Deveres de respeito, proteção e promoção. Empresas transnacionais e Direitos Humanos: Princípios Orientadores Sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU. Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social da Organização Internacional do Trabalho - OIT. Diretrizes nacionais sobre empresas e Direitos Humanos.
3. a. Sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Estrutura normativa. Espécies. Força vinculante dos tipos de deliberações internacionais. Coordenação e conflito entre decisões internacionais. Subsidiariedade da jurisdição internacional de Direitos Humanos. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC). Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentários Gerais.
b. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Carta da Organização dos Estados Americanos. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e seu protocolo adicional (Protocolo de San Salvador). Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de

conteúdo de avaliação para ingresso no Poder Judiciário, inserindo o estudo sobre direitos humanos antes mesmo do início da carreira, tornando mais efetiva a Recomendação do CNJ que passa a provocar um significativa mudança no perfil dos profissionais, considerando o urgente aspecto dos direitos humanos como fator inserido na dignidade da pessoa humana,

Belém do Pará). Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas com Deficiência. Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

c. O Estado brasileiro e o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos: exercício da cidadania. Mecanismos unilaterais de proteção dos Direitos Humanos. Mecanismos coletivos de proteção dos Direitos Humanos: político e quase judicial. Comissão Interamericana de Direitos Humanos: composição, formas de provocação e condições de admissibilidade. Procedimento. Corte Interamericana de Direitos Humanos: composição, mandatos e juiz ad hoc, legitimidade ativa e passiva. Procedimento. Jurisdição consultiva.

d. Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos relacionadas à temática do trabalho. Sentenças. Opiniões Consultivas. Medidas provisórias. Acordos de Solução Amistosa. Medidas cautelares. Recomendações.

4. a. Ministério Público e defesa dos Direitos Humanos. Princípios Relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris).

b. Direito Internacional dos Refugiados. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR. Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados e seu protocolo adicional. Convenção da Organização da União Africana sobre Refugiados. Declaração de Cartagena. Modelo brasileiro de proteção aos refugiados. Características e requisitos legais. Refúgio e asilo. Princípio da proibição da devolução (non-refoulement). Migrações. Lei de migração. Princípios e garantias.

c. Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Cumprimento das obrigações de pagar, fazer e não-fazer. Supervisão de cumprimento.

d. Justiça de transição.

5. a. Carta Internacional de Direitos Humanos. Conferência Mundial. Declaração do Milênio das Nações Unidas e a Agenda 2030 da ONU. Direito de livre determinação. Direito dos povos indígenas e das minorias. Convenção nº 169 da OIT. Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007.

b. Direitos da mulher, da criança, do adolescente e do idoso. Direito das pessoas com deficiência. A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo. Direito à igualdade. Dimensões da igualdade e dever de inclusão. Igualdade étnico-racial. Direito à não discriminação.

c. Organização Internacional do Trabalho: formação histórica, natureza jurídica, princípios e objetivos. Órgãos. Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. Promoção do Trabalho Decente. Convenções Fundamentais. Recomendações números 146, 190, 198 e 204. Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP). Monitoramento e apuração de violações. Controle periódico e procedimentos especiais. Comitê de Peritos e Comissão Tripartite. Requisitos de admissibilidade da reclamação e da queixa. Comitê de Liberdade Sindical e Comissão de Inquérito.

6. a. O Direito das Vítimas. Vitimologia. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34, da ONU). Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações e flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário (Resolução nº 60/147 da ONU). Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas (Resolução CNMP nº 243, de 18 de outubro de 2021). Disponível em https://mpt.mp.br/pgt/trabalho-mpt/procurador/23o-concurso/edital-de-abertura-das-inscricoes/edital-169-2023.pdf. Acesso em 28/03/2025.

contribuído para a observância de outros direitos mais específicos como o direito ao meio ambiente saudável, o direito ao trabalho decente, o direito à saúde, o direito à vida, o direito à segurança, entre outros.

Por isso dizer que a Recomendação 123/2022 do CNJ tem como escopo aprimorar tecnicamente as decisões judiciais, buscando motivar a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humano pelo Poder Judiciário, inclusive para que, com conhecimento mais detalhado destes documentos, o julgador pontue aspectos de direitos humanos passíveis de evitar nova(s) denúncia(s) para a Corte.

4. A APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO 123/2022 DO CNJ JUNTO À JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA:

Verificou-se neste cenário, a necessidade de que os Estados não mais agissem isoladamente nesta temática, mas criassem mecanismos de ação conjunta. "*O Estado se acha integrado na comunidade internacional, e é missão nacional de cada povo que decide sua posição de equilíbrio na ordem da humanidade*[18]*".*

Há que se ponderar que não mais se pode dissociar a questão da efetividade dos Direitos Humanos das políticas internacionais dos Estados. *"Os Direitos Humanos requerem, pois o político para sua efetiva implementação e para não ficarem em meros ideais abstratos. O político requer a interação com os direitos para não abandonar sua natureza de construção de condições para garantir o desdobramento e a apropriação das capacidades humanas*[19]*".*

Partindo de tal premissa, e considerando que o Brasil vem sofrendo reiteradas condenações junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos e que algumas decorrem de situações de violações originadas em ambiente

[18] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p.183.
[19] SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p.46.

laboral, a Justiça do Trabalho criou uma unidade específica para tratar do tema: a Assessoria de Promoção do Trabalho Decente e dos Direitos Humanos. Coordenada pelo ministro Augusto César, a Assessoria tem a atribuição de monitorar e fiscalizar decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos[20].

No âmbito da Justiça do Trabalho por exemplo - setor em que o Brasil já foi condenado duas vezes em situações decorrentes de violação de direitos trabalhistas e ao Direito Humano ao trabalho decente: em 2016 pelo Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, e em 2020 pelo Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil – foi criada uma unidade específica para implementação da Recomendação do CNJ, com o fito de monitoramento dos processos abrangidos pelos efeitos das manifestações da Corte IDH, oferecendo consultoria e apoio aos gabinetes para que seja priorizado o julgamento de processos abrangidos por essas decisões.

Tais direcionamentos buscam evitar novas condenações do Brasil junto à Corte Interamericana de Direitos Humano, bem como atribuir maior credibilidade, argumento e fundamento jurídico defendido e protagonizado no âmbito internacional. A internacionalização do debate sobre direitos humanos, também pode atingir ciências da saúde com a implementação de maiores cuidados e mecanismos de segurança para garantir saúde e evitar novos cenários de pandemias e epidemias, tal como as ocorridas com a gripe espanhola, com o ebola, com o H1N1 (considerada uma nova versão da gripe espanhola) e com a Covid-19.

5. CONCLUSÃO:

A pesquisa e os debates atuais demonstram que a observância aos direitos humanos é fundamental para a dignidade da pessoa humana bem

[20] TST. Disponível em: < https://tst.jus.br/-/justi%C3%A7a-do-trabalho-monitora-decis%C3%B5es-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos > Acesso em 01 mar. 2025.

como para o exercício pleno da cidadania, na medida em que incorpora e engloba aspectos relevantes para a qualidade de vida e o bem-estar.

Deste modo, cabe ao Poder Judiciário cumprir com a Recomendação 123/2022 do CNJ fazendo uso e aplicando as normas internacionais de direitos humanos aos casos colocados para julgamento, tornando as decisões mais robustas e dentro de parâmetros globais de dignidade da pessoa humana.

Importante asseverar que a Recomendação do CNJ reflete a preocupação do órgão em implementar mudanças na visão e análise praticadas pelo Poder Judiciário, de modo a compelir práticas que violem os direitos humanos. Observa-se que o CNJ almeja ir para além da reparação indenizatória e atribuir maior peso ao caráter pedagógico das decisões, exigindo a adoção de métodos e mecanismos que mitigam novos prejuízos aos direitos humanos daqueles envolvidos em litígios, contribuindo, sobremaneira, para o aprimoramento das relações humanas com a observância da ordem social e o atendimento do interesse coletivo nesta temática, ainda que a demanda trate de direito individual, pois está-se diante de *jus cogens*[21], ou seja, lei imperativa, coercitiva de direito internacional.

A Justiça do Trabalho tem considerado os documentos internacionais como parâmetro de julgamento, notadamente porque a Organização Internacional do Trabalho considera o direito ao trabalho decente um componente dos direitos humanos e, por sua vez, da dignidade da pessoa humana.

Além disso, o Pacto Global da ONU preconiza em seu bojo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS), do qual o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região é signatário desde 20 de março de 2018[22],

---

[21] "*Jus cogens engloba a ideia de universalidade e extensão, sendo por isso incluído entre as regras gerais do direito internacional, em oposição às regras particulares, adotadas em âmbito bilateral ou regional.*" Disponível em GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.64. ISBN 9788553623396.

[22] Disponível em https://www.trt9.jus.br/portal/pagina.xhtml?secao=86&pagina=ODS_ONU_BR. Acesso em 28/03/2025.

especialmente os ODSs que tratam do trabalho decente, da produção de forma sustentável e contribuem para o atingimento dos objetivos da Agenda 2030.

Portanto, não pode o Poder Judiciário brasileiro ignorar a emergência dos temas envoltos pelos direitos humanos, haja vista a preocupação de agentes de relevância globais e o impacto que as melhorias podem gerar no aperfeiçoamento das relações humanas, assim como o ganho nas relações internacionais e cuidados com o planeta que é de todos e apresenta claros sinais de fadiga, esgotamento e desrespeito ao que a natureza oferece.

Os parâmetros estabelecidos em tratados e convenções internacionais internalizados no ordenamento jurídico brasileiro contribuem para melhores condições de vida, de trabalho e de produção, gerando mais valor e dignidade à sociedade globalizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento E.; CASELLA, Paulo B. Manual de direito internacional público. 26. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. ISBN 9786553624542.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A formação do direito internacional público e a concepção contemporânea dos direitos humanos. Revista de Direito do Trabalho | vol. 238/2024 | p. 75 - 93 | Nov - Dez / 2024 | DTR\2024\11913.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli De. O compromisso assumido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) de assegurar a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista de Direito do Trabalho | vol. 214/2020 | p. 161 - 183 | Nov - Dez / 2020 | DTR\2020\13283.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 28 fev. 2025.

CAVALLARO, J.L. 2002. Toward Fair Play: a decade of transformation and resistance in international human rights advocacy in Brazil. Chicago Journal

of International Law, Chicago, v. 3, n. 2, p. 481-492. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1030551>. Último acesso em: 24 jan. 2025. p. 220-221.

CNJ. Disponível em: < https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305 > Acesso em 25 mar. 2025.

GUERRA, Sidney. Curso de direito internacional público. 16. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.372. ISBN 9788553623396.

MPT Disponível em https://mpt.mp.br/pgt/trabalho-mpt/procurador/23o-concurso/edital-de-abertura-das-inscricoes/edital-169-2023.pdf. Acesso em 28/03/2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Disponível em< https://www.oas.org > Acesso em 28 fev. 2025.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo; ESCRIVÃO FILHO, Antônio. Para um debate teórico-conceitual e político sobre os Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TST. Disponível em: < https://tst.jus.br/-/justi%C3%A7a-do-trabalho-monitora-decis%C3%B5es-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos > Acesso em 01 mar. 2025.

A TEORIA AGNÓSTICA E A RESSOCIALIZAÇÃO EM TEMPOS DE CRISE: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS NA RECONSTRUÇÃO DE VIDAS

The agnostic theory and resocialization in times of crisis: a critical perspective on human rights in the reconstruction of lives.

Daniella Campos Barbosa de Amorim[1]

Universidad del Museo Social Argentino

DOI: https://doi.org//10.62140/DCBA168481046

Sumário: 01. A falência do sistema carcerário e a ressocialização como dever coletivo; 02. O sistema prisional brasileiro e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de coisas inconstitucional; 03. A teoria agnóstica e a ressocialização; 04. O papel da sociedade na ressocialização; Considerações Finais e Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo explora a ressocialização como um dever coletivo, enfatizando a responsabilidade compartilhada entre o Estado e a sociedade na reintegração de egressos do sistema prisional. A partir de uma análise teórica e revisão bibliográfica, são discutidos os desafios enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, especialmente no que diz respeito à superlotação e às condições degradantes. O texto destaca a necessidade de políticas públicas eficazes, iniciativas comunitárias, programas de educação e oportunidades de trabalho como ferramentas fundamentais para a reintegração. A abordagem adotada inclui reflexões baseadas na teoria agnóstica, que critica a eficácia das práticas ressocializadoras convencionais, defendendo um pacto social que promova a dignidade humana e a justiça social. Conclui-se que a ressocialização é essencial não apenas para o bem-estar individual dos egressos, mas também para a segurança e harmonia de toda a sociedade.

[1] Advogada criminalista inscrita na OAB/GO sob o nº 43.202. Professora de Direito Processual Penal. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito da Medicina pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes – Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal Econômico pelo INSPER – SP. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Cambury – Goiânia. Especialista em Crime Doesn´t Pay: Blanqueo, Enriquecimento Ilícito y Decomiso pela Universidade de Salamanca – Espanha. Mestre em Ciências Criminológico-Forenses pela Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales de Buenos Aires – Argentina. Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino de Buenos Aires – Argentina. E-mail: campos.daniella.adv@gmail.com

Palavras-chave: ressocialização; sistema prisional; reintegração social; responsabilidade coletiva.

Abstract: This article explores resocialization as a collective duty, emphasizing the shared responsibility between the State and society in reintegrating former prisoners. Through theoretical analysis and bibliographic review, the challenges faced by the Brazilian prison system, particularly regarding overcrowding and degrading conditions, are discussed. The text highlights the need for effective public policies, community initiatives, education programs, and employment opportunities as essential tools for reintegration. The adopted approach includes reflections based on the agnostic theory, which questions the effectiveness of traditional resocialization practices and advocates for a social pact that promotes human dignity and social justice. It concludes that resocialization is essential not only for the individual well-being of former inmates but also for the safety and harmony of society as a whole.

Keywords: resocialization; prison system; social reintegration; collective responsibility.

INTRODUÇÃO

A função primordial do sistema penal, sob a ótica do Direito moderno, é a ressocialização do indivíduo após o cumprimento da pena. No entanto, no contexto brasileiro, essa função tem sido negligenciada, resultando em elevados índices de reincidência criminal. A ideia de que o encarceramento deve preparar o indivíduo para o convívio social é constantemente desmentida pela prática, uma vez que o ambiente prisional não apenas não favorece a reabilitação, mas também perpetua a exclusão e a estigmatização.

A ressocialização, em sua essência, reflete um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988. Entretanto, mais do que um objetivo exclusivo do sistema prisional, a ressocialização se configura como um dever inadiável que transcende a esfera estatal, demandando o engajamento ativo de toda a sociedade. Esse compromisso coletivo é essencial para garantir não apenas o retorno digno dos egressos à

convivência social, mas também a efetividade das promessas constitucionais de justiça e igualdade.

Como bem observa Foucault (1987), o encarceramento historicamente tem priorizado a punição e o controle, em detrimento da reabilitação, perpetuando um ciclo de exclusão social que se estende para além do cumprimento da pena. Nesse contexto, a reintegração do apenado à vida em liberdade não se limita à sua preparação durante o encarceramento, mas exige uma transformação cultural que combata preconceitos, elimine barreiras e promova oportunidades reais de inclusão. Assim, a ressocialização deve ser vista não como uma concessão, mas como uma obrigação compartilhada por todas as esferas da sociedade.

No contexto da ressocialização, a teoria agnóstica apresenta uma abordagem crítica ao papel do sistema penal e da sociedade. Segundo Zaffaroni (2011), as promessas de reabilitação e reintegração social devem ser vistas com cautela, uma vez que o sistema penitenciário historicamente falha em oferecer condições reais para que o egresso seja plenamente aceito pela sociedade. Os teóricos agnósticos sustentam que, para uma ressocialização eficaz, é imprescindível romper com os paradigmas punitivistas tradicionais e adotar modelos focados na dignidade humana e na inclusão social. Nesse sentido, a ressocialização deve ser compreendida como um processo amplo e compartilhado, no qual o sistema penal atua como um agente complementar e não como o único responsável pela reintegração.

Para que a ressocialização se concretize, é necessário um pacto social baseado em solidariedade e responsabilidade coletiva. A indiferença ou rejeição ao egresso apenas perpetua um ciclo de exclusão que contribui para a reincidência e para o aumento da criminalidade. Em contrapartida, uma sociedade que acolhe e oferece suporte aos que buscam uma segunda chance promove não apenas a transformação individual, mas também o fortalecimento da segurança e da justiça social.

Este artigo aborda a ressocialização sob a ótica de um dever coletivo, dividido em três eixos principais. O primeiro analisa a falência do sistema carcerário brasileiro e a consequente necessidade de engajamento social para superar suas limitações. Em seguida, são apresentadas as dimensões essenciais da ressocialização, como a conscientização pública, o combate ao estigma, a inclusão pelo mercado de trabalho e a educação. Por fim, são expostas iniciativas bem-sucedidas que demonstram o potencial transformador de um pacto social inclusivo. A proposta central do texto é evidenciar que a ressocialização, quando entendida como uma obrigação coletiva, contribui não apenas para a reintegração dos egressos, mas também para a construção de uma sociedade mais justa, segura e solidária.

1. A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E A RESSOCIALIZAÇÃO COMO DEVER COLETIVO

A ressocialização é um processo complexo e contínuo que visa à reintegração de indivíduos que passaram pelo sistema prisional à convivência social de forma produtiva e digna. Embora o papel do Estado seja fundamental nesse processo, ele não deve ser visto como o único responsável. A sociedade, como um todo, tem a obrigação moral e prática de contribuir para a reconstrução de vidas, oferecendo oportunidades reais de inclusão, trabalho e convivência saudável. Esse compromisso coletivo é essencial não apenas para o bem-estar individual dos egressos, mas também para a segurança e harmonia social.

A ressocialização de indivíduos que cumpriram penas privativas de liberdade ou que passaram por conflitos com a lei não é uma tarefa que recai exclusivamente sobre o Estado ou sobre o sistema prisional. Esse processo representa, na verdade, um compromisso inadiável de toda a sociedade. A reconstrução de vidas, sobretudo daqueles que enfrentaram a marginalização, exige uma mobilização coletiva que vai além da simples aplicação de penas ou da manutenção de prisões. Trata-se de uma responsabilidade ética e social que

busca criar condições para que essas pessoas possam recomeçar suas trajetórias de forma digna e integrada à comunidade. A ressocialização é mais eficaz quando se apoia em três pilares fundamentais: educação, trabalho e acolhimento. Esses elementos fornecem ao indivíduo as ferramentas necessárias para reconstruir sua identidade, desenvolver autonomia e superar o estigma social associado ao passado delitivo. A educação tem um papel central na reconstrução de vidas, pois amplia as possibilidades de reinserção social e profissional.

Quando a sociedade oferece acesso a programas educacionais, ela contribui diretamente para a redução da reincidência, já que o conhecimento é um caminho para o empoderamento e a cidadania. O emprego dignifica e permite que o indivíduo reconstrua sua vida de forma independente. No entanto, o preconceito muitas vezes impede que ex-detentos sejam contratados. Para que a ressocialização seja bem-sucedida, as empresas e a sociedade precisam estar dispostas a abrir portas e oferecer oportunidades reais de trabalho. O acolhimento não é apenas uma questão institucional, mas uma atitude da sociedade como um todo. Romper com o estigma que cerca pessoas que cumpriram pena é essencial para sua reintegração plena.

A sociedade precisa enxergar a ressocialização como um processo de reconstrução que beneficia não apenas o indivíduo, mas também a coletividade, ao promover um ambiente social mais justo e seguro. O compromisso inadiável com a reconstrução de vidas exige o engajamento de diferentes setores da sociedade. O Estado, evidentemente, desempenha um papel crucial ao implementar políticas públicas eficazes de ressocialização. No entanto, a sociedade civil, as empresas, as instituições educacionais e as famílias também têm responsabilidade nesse processo. Não se trata apenas de uma questão de justiça, mas de promoção da paz e da harmonia social.

O Estado deve garantir condições dignas nos presídios, oferecer programas educacionais e profissionais, e assegurar o cumprimento dos

direitos humanos. Organizações não governamentais e movimentos sociais podem atuar como agentes de acolhimento e inclusão, oferecendo suporte emocional, jurídico e profissional. O setor privado tem um papel fundamental ao abrir oportunidades de trabalho e ao contribuir para a reinserção social, promovendo uma cultura de diversidade e inclusão. O núcleo familiar é, muitas vezes, a principal rede de apoio emocional e afetivo. Fortalecer os laços familiares durante e após o cumprimento da pena é essencial para a reconstrução de vidas. Quando a sociedade assume esse compromisso, os benefícios se refletem em diferentes esferas.

A diminuição da reincidência criminal é uma consequência direta de uma ressocialização eficaz, o que contribui para a segurança pública. Além disso, uma sociedade que valoriza a dignidade humana e promove recomeços cria um ambiente mais justo, solidário e coeso. A reconstrução de vidas atravessa um campo que vai além das leis penais e das sanções impostas pelo Estado. É uma tarefa coletiva que exige empatia, compromisso e ação conjunta. Uma sociedade que investe na ressocialização está, na verdade, investindo na sua própria segurança, na promoção da justiça e na construção de um futuro mais inclusivo. O compromisso inadiável com a reconstrução de vidas é, portanto, um reflexo do grau de civilidade de uma nação e da sua capacidade de acreditar na possibilidade de recomeços, dignidade e transformação.

Historicamente, o sistema carcerário brasileiro tem sido alvo de críticas por não cumprir de maneira eficaz a função ressocializadora. Condições desumanas, superlotação, violência e ausência de programas de reabilitação são características recorrentes nas prisões. Esse cenário cria um ambiente hostil que, em vez de preparar o apenado para o retorno à sociedade, perpetua a exclusão e a marginalização.

Diante dessa realidade, a participação ativa da sociedade torna-se imprescindível. Organizações da sociedade civil, empresas, instituições

religiosas e educacionais podem desempenhar papéis cruciais na criação de redes de apoio ao egresso, oferecendo não apenas suporte emocional e psicológico, mas também oportunidades concretas de reintegração, como emprego e educação.

Um dos maiores desafios enfrentados pelos egressos do sistema prisional é o estigma social. A rotulagem negativa e a desconfiança dificultam a reintegração, alimentando um ciclo de exclusão que pode levar à reincidência criminal. A sociedade precisa desconstruir preconceitos e enxergar o egresso como um indivíduo que merece uma segunda chance. Isso exige campanhas de conscientização e o envolvimento de todos os setores sociais. A inserção no mercado de trabalho é uma das formas mais eficazes de prevenir a reincidência. No entanto, muitos egressos enfrentam barreiras na busca por emprego devido ao preconceito. Programas de responsabilidade social empresarial que promovam a contratação de ex-detentos são fundamentais. Além de oferecerem uma fonte de renda, essas oportunidades proporcionam dignidade e sentido de pertencimento.

A educação, tanto formal quanto profissional, é uma ferramenta poderosa de transformação. Projetos que promovam a continuidade dos estudos ou a qualificação profissional de detentos e egressos são essenciais para capacitá-los a exercerem funções produtivas na sociedade. Instituições de ensino, ONGs e o próprio setor público podem trabalhar em conjunto para oferecer essas oportunidades. O sucesso da ressocialização não traz benefícios apenas para o egresso, mas para toda a coletividade. Quando um ex-detento é devidamente reintegrado, reduz-se a reincidência criminal, melhora-se a segurança pública e diminui-se a pressão sobre o sistema prisional. Além disso, a inclusão social contribui para a formação de uma sociedade mais justa, solidária e igualitária.

Diversos projetos no Brasil e no mundo já demonstraram que a ressocialização é possível quando há empenho coletivo. Iniciativas de

empregabilidade, cursos profissionalizantes e acompanhamento psicológico de egressos têm apresentado resultados significativos na redução da reincidência. Um exemplo notável é o programa Começar de Novo, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca promover a reinserção social e profissional de presos e egressos. A ressocialização como dever coletivo não é apenas uma questão moral, mas também uma estratégia inteligente de construção social. Ao proporcionar oportunidades reais de recomeço, a sociedade contribui para a diminuição da criminalidade, promove a paz social e fortalece os valores de dignidade e igualdade.

Esse compromisso exige a união de esforços de todas as esferas – pública, privada e comunitária – para que se possa, de fato, reconstruir vidas e oferecer novas chances. A educação é uma das mais poderosas ferramentas de transformação social e ressocialização. Segundo estudos realizados por Becker (2008), a educação dentro do sistema penitenciário contribui significativamente para a redução da reincidência criminal. Diversos programas educacionais voltados para detentos têm apresentado resultados positivos, demonstrando que o acesso ao conhecimento pode transformar vidas. O trabalho, por sua vez, não apenas proporciona meios de subsistência, mas também confere dignidade e sentido de pertencimento. Empresas e organizações que oferecem oportunidades para egressos do sistema prisional desempenham papel crucial no ciclo de ressocialização.

A ressocialização, em seu cerne, é a expressão de um dos mais fundamentais princípios do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Mais do que um objetivo do sistema prisional, a ressocialização é um dever que transcende as instituições públicas, sendo uma responsabilidade compartilhada por toda a sociedade.

Segundo Foucault (1987), o encarceramento tradicionalmente se preocupa mais em punir do que em reabilitar, criando um ambiente que perpetua a exclusão social do indivíduo após o cumprimento da pena. Esse

processo requer não apenas a preparação do apenado para reintegrar-se à vida em liberdade, mas também a desconstrução de preconceitos e barreiras sociais que dificultam essa reintegração.

2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu oficialmente a violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. A decisão declarou o estado de coisas inconstitucional nas prisões, devido às condições degradantes e ao desrespeito sistemático aos direitos fundamentais dos detentos. Esse reconhecimento reflete a necessidade urgente de reformas estruturais e políticas públicas que assegurem a dignidade dos apenados e possibilitem a ressocialização. Para Silva (2020), a decisão do STF reforça o caráter coletivo da responsabilidade pela ressocialização, pois a sociedade também precisa ser parte ativa na criação de condições que viabilizem a reintegração dos egressos.

Historicamente, o sistema prisional tem enfrentado dificuldades em cumprir seu papel ressocializador. Foucault (1987) aponta que o sistema penitenciário moderno foi concebido para disciplinar e controlar corpos, e não para oferecer condições reais de reintegração. Muitas vezes, os presídios são ambientes de degradação, onde o detento é privado de condições básicas de humanidade. Esse cenário evidencia que a ressocialização não pode ser delegada exclusivamente ao sistema penitenciário. Conforme Silva (2020), a implantação de políticas públicas efetivas, voltadas para educação, capacitação profissional e apoio psicossocial, é imprescindível durante o cumprimento da pena e após a libertação.

Em uma decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. A Corte declarou que a superlotação, as condições degradantes e a ausência de políticas eficazes configuram uma violação massiva dos direitos fundamentais dos presos, exigindo a reformulação de políticas públicas penais e prisionais. Segundo o acórdão, "o sistema prisional brasileiro configura um estado de coisas inconstitucional, ensejador de violação massiva de direitos fundamentais dos presos" (STF, ADPF 347). Essa decisão sublinha a responsabilidade do Estado em adotar medidas que garantam a dignidade dos apenados e promovam sua efetiva ressocialização.

Ademais, o STF determinou a elaboração de planos nacionais e estaduais para a superação do quadro inconstitucional, com participação ativa de diferentes esferas do governo e da sociedade civil. Tais planos devem focar na criação de políticas que combatam a superlotação e promovam alternativas à prisão, como penas restritivas de direitos e medidas cautelares. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional fortalece a tese de que a ressocialização não é uma mera responsabilidade das instituições prisionais, mas sim um dever coletivo que envolve toda a sociedade.

O preconceito é um dos principais entraves à ressocialização. De acordo com Wacquant (2001), a marginalização de ex-detentos está diretamente relacionada à falta de oportunidades e à manutenção de estigmas sociais. Muitos ex-detentos enfrentam dificuldades em encontrar emprego, acessar serviços essenciais e reconstruir relações pessoais devido ao estigma que carregam. Nesse sentido, a sociedade civil precisa assumir uma postura ativa, promovendo uma cultura de acolhimento e compreensão. Campanhas de conscientização, parcerias com empresas para contratação de egressos e projetos comunitários podem ajudar a criar um ambiente mais favorável à reintegração social.

3. A TEORIA AGNÓSTICA E A RESSOCIALIZAÇÃO

A crescente ineficácia do sistema penal brasileiro, evidenciada pela superlotacão carcerária e altos índices de reincidência, exige uma reflexão profunda sobre a legitimidade e finalidade das penas. Nesse contexto, a teoria agnóstica moderada surge como uma alternativa promissora ao reconhecer que a pena, em grande parte dos casos, é uma manifestação de poder estatal sem justificativa racional plena. Ao propor a limitação desse poder e a redução de danos, essa teoria aponta para um modelo de direito penal mínimo, focado na proteção dos direitos fundamentais.

A teoria agnóstica se divide em duas vertentes principais: a radical e a moderada. Enquanto a vertente radical defende a abolição completa do sistema penal, a moderada propõe uma abordagem mais pragmática, reconhecendo a necessidade de penas em casos excepcionais, mas sempre com foco na minimização dos impactos negativos do poder punitivo. No contexto brasileiro, a teoria agnóstica moderada se apresenta como uma solução viável diante das graves falhas estruturais do sistema penal.

O sistema penal brasileiro se caracteriza por um alto número de presos provisórios, condições degradantes nas unidades prisionais e um índice elevado de reincidência. Esses problemas indicam a falência do modelo punitivo tradicional, que, além de não ressocializar os apenados, contribui para a perpetuação da violência e exclusão social. A teoria agnóstica moderada propõe um novo paradigma, no qual a pena não é vista como a única solução para os conflitos sociais, mas sim como uma medida excepcional, aplicável apenas quando outras formas de controle social se mostrarem ineficazes.

A aplicação da teoria agnóstica moderada no Brasil requer a implementação de medidas concretas que limitem o uso do encarceramento, ampliem as alternativas penais e fortaleçam os mecanismos de controle social.

Uma das principais propostas é a revisão do uso do encarceramento, de forma que a prisão seja reservada apenas a casos de extrema gravidade. Para tanto, é fundamental ampliar a aplicação de penas alternativas, como prestação de serviços à comunidade e multas. Essas medidas permitem que o infrator repare o dano causado sem ser excluído do convívio social, contribuindo para a redução da reincidência.

Além disso, é necessário fortalecer as práticas de justiça restaurativa, que visam à mediação de conflitos e à reparação do dano, promovendo a reconciliação entre vítima e infrator. A justiça restaurativa já vem sendo aplicada com sucesso em algumas regiões do país e pode ser expandida como uma política pública nacional.

Outro aspecto relevante é a revisão do uso da prisão preventiva. Atualmente, a prisão provisória é amplamente utilizada no Brasil, contribuindo para a superlotação carcerária e a violação de direitos fundamentais. A teoria agnóstica moderada propõe a substituição dessa medida por alternativas como o monitoramento eletrônico e o comparecimento periódico em juízo, garantindo que o encarceramento só ocorra quando absolutamente necessário.

No campo legislativo, a aplicação da teoria agnóstica moderada exige a revisão do Código Penal e do Código de Processo Penal, com o objetivo de reduzir o número de condutas puníveis com prisão e ampliar a previsão de penas alternativas. Também é essencial que as leis penais reflitam o princípio da proporcionalidade, assegurando que as penas sejam sempre adequadas à gravidade do delito.

Outro ponto fundamental é o investimento em programas de reintegração social para egressos do sistema prisional. A falta de suporte pós-penal é uma das principais causas da reincidência, e a criação de políticas públicas que ofereçam oportunidades de trabalho e educação é essencial para garantir a efetiva ressocialização dos apenados.

A aplicação da teoria agnóstica moderada no Brasil pode trazer uma série de benefícios. Em primeiro lugar, espera-se uma redução significativa da superlotação carcerária, uma vez que menos pessoas seriam encarceradas por crimes de menor potencial ofensivo. Isso, por sua vez, resultaria em melhores condições nas unidades prisionais, favorecendo a proteção dos direitos humanos.

Outro benefício esperado é a diminuição da reincidência. Ao privilegiar a ressocialização e oferecer suporte efetivo aos egressos do sistema prisional, a teoria agnóstica moderada pode contribuir para a reintegração dos apenados à sociedade e a prevenção de novos delitos.

Por fim, a adoção dessa teoria pode promover uma maior eficiência do sistema penal, ao concentrar os recursos do Estado no combate a crimes de maior gravidade e na prevenção da violência. Também pode contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, na qual a pena não seja vista como uma forma de vingança, mas como um instrumento de pacificação social.

A teoria agnóstica moderada oferece uma abordagem crítica e pragmática para a reforma do sistema penal brasileiro, propondo soluções que visam limitar o poder punitivo, reduzir danos e promover alternativas ao encarceramento. Sua aplicação pode contribuir para a construção de um sistema penal mais justo, eficaz e humano, alinhado aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e proteção dos direitos fundamentais. Embora sua implementação dependa de mudanças legislativas, institucionais e culturais, os benefícios potenciais justificam plenamente o esforço necessário para tornar essa teoria uma realidade no contexto brasileiro.

4. O PAPEL DA SOCIEDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO

A ressocialização de indivíduos que passaram pelo sistema prisional é um processo complexo que transcende as fronteiras das instituições estatais. Embora o Estado desempenhe um papel fundamental na criação de políticas públicas voltadas para a reabilitação e reintegração, a participação ativa da sociedade é indispensável para o sucesso desse processo. A ressocialização não se limita a um conjunto de ações estatais, mas exige o engajamento de diversos atores sociais, incluindo famílias, empresas, instituições de ensino, organizações não governamentais e a própria comunidade. Sem essa colaboração, a reinserção do egresso torna-se mais difícil, perpetuando o ciclo de exclusão social e reincidência criminal.

A sociedade desempenha um papel crucial ao oferecer um ambiente receptivo e inclusivo, capaz de acolher e integrar aqueles que cumprem suas penas e retornam ao convívio social. Um dos principais desafios enfrentados pelos egressos é o estigma social, que muitas vezes os condena a uma marginalização permanente, mesmo após o cumprimento de suas penas. Esse estigma reforça barreiras que dificultam o acesso a oportunidades de trabalho, educação e convivência social digna. A desconstrução desse preconceito é essencial para que o egresso possa reconstruir sua vida de maneira autônoma e produtiva. Nesse sentido, campanhas de conscientização e educação promovidas pela sociedade civil são ferramentas eficazes para transformar a percepção social sobre os egressos.

O mercado de trabalho também ocupa uma posição central no processo de ressocialização. O emprego não apenas garante a subsistência do indivíduo, mas também promove o sentimento de pertencimento e dignidade. No entanto, a discriminação contra ex-detentos ainda é uma realidade que precisa ser combatida. Empresas que adotam programas de responsabilidade social voltados à contratação de egressos desempenham um papel transformador, oferecendo não apenas uma oportunidade de trabalho, mas também uma chance de recomeço. Iniciativas desse tipo contribuem

significativamente para a redução da reincidência, uma vez que a ocupação laboral está diretamente relacionada à prevenção de novos delitos.

A educação, por sua vez, é uma das ferramentas mais poderosas para a transformação social e pessoal do indivíduo. Projetos que visem à continuidade dos estudos e à qualificação profissional de detentos e egressos são essenciais para capacitá-los a exercer funções produtivas na sociedade. Instituições de ensino, organizações não governamentais e o próprio setor público podem atuar em parceria para oferecer essas oportunidades. A educação não apenas amplia as possibilidades de reinserção no mercado de trabalho, mas também contribui para o desenvolvimento de uma consciência cidadã, promovendo valores como respeito, responsabilidade e solidariedade.

O papel das famílias também merece destaque nesse contexto. O suporte familiar é frequentemente o principal alicerce emocional e afetivo para os egressos. Famílias que oferecem apoio durante e após o período de encarceramento contribuem para a estabilidade emocional do indivíduo e para sua motivação em buscar uma nova vida longe do crime. Políticas públicas que fortaleçam os laços familiares, promovendo a visitação e o contato constante entre presos e seus familiares, são fundamentais para garantir uma transição mais suave entre a prisão e a liberdade.

Outro aspecto relevante é a atuação das organizações não governamentais e dos movimentos sociais. Essas entidades têm uma longa história de trabalho em prol da ressocialização, oferecendo desde cursos profissionalizantes até acompanhamento jurídico e psicológico. Além disso, desempenham um papel essencial na fiscalização das condições carcerárias e na defesa dos direitos humanos, garantindo que o sistema prisional cumpra sua função reabilitadora, e não apenas punitiva. A promoção dos direitos humanos deve ser vista como um eixo central da ressocialização, assegurando que os indivíduos privados de liberdade sejam tratados com dignidade e respeito. O cumprimento de penas em condições degradantes apenas

perpetua a exclusão e a violência, enquanto a garantia de direitos básicos favorece um ambiente mais propício à reabilitação e reintegração. Organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), destacam que o respeito aos direitos humanos no sistema prisional é essencial para a construção de uma sociedade mais justa e segura.

A sociedade como um todo se beneficia do sucesso da ressocialização. Quando um ex-detento é devidamente reintegrado, reduz-se a reincidência criminal, melhora-se a segurança pública e diminui-se a pressão sobre o sistema prisional. Além disso, a inclusão social contribui para a formação de uma sociedade mais justa, solidária e igualitária. O compromisso da sociedade com a ressocialização não é apenas uma questão de justiça social, mas também uma estratégia inteligente de promoção da paz e da harmonia social. Ao oferecer uma segunda chance àqueles que um dia cometeram erros, a sociedade não apenas contribui para a reconstrução de vidas individuais, mas também fortalece os valores de compaixão, empatia e solidariedade, pilares fundamentais para a construção de um futuro mais humano e inclusivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria agnóstica moderada oferece uma abordagem crítica e pragmática para a reforma do sistema penal brasileiro, propondo soluções que visam limitar o poder punitivo, reduzir danos e promover alternativas ao encarceramento. Sua aplicação pode contribuir para a construção de um sistema penal mais justo, eficaz e humano, alinhado aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e proteção dos direitos fundamentais. A ressocialização não é apenas uma responsabilidade do Estado ou das instituições prisionais, mas um dever coletivo de toda a sociedade. A transformação de vidas através da educação, do trabalho e do acolhimento é um caminho para a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. O compromisso inadiável com a ressocialização reflete o verdadeiro espírito de uma nação que valoriza a dignidade humana e acredita na

possibilidade de recomeços. Uma sociedade que enxerga a ressocialização como um dever coletivo está, em última análise, promovendo a própria paz e harmonia social.

Embora sua implementação dependa de mudanças legislativas, institucionais e culturais, os benefícios potenciais justificam plenamente o esforço necessário para tornar essa teoria uma realidade no contexto brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

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

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 10207, 13 jul. 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2025.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões.* Petrópolis: Vozes, 1987.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SILVA, José dos Santos. *Ressocialização e políticas públicas*. São Paulo: Revista de Direito Penal, 2020.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A EXCLUSÃO DO SÓCIO INCAPAZ NA SOCIEDADE LIMITADA: ANÁLISE À LUZ DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

The exclusion of an incapacitated partner in a limited liability company: an analysis in light of the protection of the rights of persons with disabilities

Davi Guimarães Mendes[1]

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

DOI: https://doi.org//10.62140/DGM950548019

Sumário: 1. Introdução; 2. Exclusão do sócio: finalidades e dificuldades de aplicação do instituto nos casos de incapacidade superveniente (art. 1.030 do CC/02); 3. Chaves para a solução do problema: princípios da função social da empresa e da proteção à pessoa com deficiência como balizas interpretativas do art. 1.030 do CC/02; 4. Exclusão de sócios incapazes na sociedade limitada: critérios para aplicação do art. 1.030 do CC/02; 5. Considerações finais.

Resumo: O presente artigo se ocupa da análise da possibilidade, com base no art. 1.030 do Código Civil de 2002, de exclusão de sócios de sociedades limitadas em razão de incapacidade superveniente. Para tanto, expõe-se as correntes doutrinárias a respeito do instituto da exclusão de sócios, apontando-se o seu potencial conflito, no caso da incapacidade superveniente do sócio, com a proteção constitucional e legal às pessoas com deficiência. Propõe-se que, a fim de superar esse potencial conflito, deve-se adotar o princípio da função social da empresa, orientado pelas normas protetivas às pessoas com deficiência, como baliza interpretativa do art. 1.030 do Código Civil de 2002. Ao fim, concluiu-se que a exclusão do sócio supervenientemente incapaz é aplicável às sociedade limitadas, mas apenas naquelas classificadas como sociedades de pessoas, e, mesmo nestas, somente quando o sócio incapaz tinha um dever de colaboração personalíssimo em relação à empresa, e se, em razão da incapacidade superveniente, esta contribuição não puder ser prestada a contento por outros sócios, de modo a representar efetivo risco à preservação da empresa.

Palavras-chave: Exclusão de sócio; Incapacidade civil; Pessoas com deficiência.

[1] Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Professor da Pós-Graduação e da Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Advogado. E-mail: davi@davimendes.com.br. Link ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9076-5901.

Abstract: This paper aims to examine the possibility, based on Article 1.030 of the Brazilian Civil Code of 2002, of excluding partners from limited liability companies due to their supervening incapacity. To this end, it presents doctrinal perspectives on the legal mechanism of partner exclusion, highlighting its potential conflict, in cases of a partner's supervening incapacity, with the constitutional and legal protections afforded to persons with disabilities. It is proposed that, in order to resolve this potential conflict, the principle of the social function of the company, guided by protective norms for persons with disabilities, should serve as the interpretative framework for Article 1.030 of the Brazilian Civil Code of 2002. The paper holds that the exclusion of an incapacitated partner is applicable to limited liability companies, but only in those classified as *intuit personae* companies, and, even in these, only when the incapacitated partner had a non-delegable personal obligation to the company, and if, due to the supervening incapacity, this contribution cannot be adequately fulfilled by other partners, thereby posing a real risk to the preservation of the company.

Keywords: Shareholder Exclusion; Civil Incapacity; Persons with Disabilities.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de exclusão de sócios incapazes no Direito brasileiro é matéria controversa, sobretudo quando examinada no âmbito das sociedades limitadas, modelo societário utilizado indistintamente por empresas de pequeno e de grande porte, e que apresenta desafios de sistematização em face dessa versatilidade.

Recai a discussão na possibilidade ou não de, com esteio no art. 1.030 do Código Civil de 2002, excluir-se judicialmente da sociedade limitada um sócio por conta de sua incapacidade civil superveniente. Questiona-se, ademais, caso afirmativa a resposta a esta primeira indagação, quais seriam os critérios para delimitar em quais casos o sócio incapaz poderia ou não ser excluído da sociedade limitada.

Pretende o presente estudo fornecer subsídios para se alcançar a adequada interpretação do art. 1.030 do Código Civil de 2002, cotejando a previsão legal de que a incapacidade superveniente do sócio é apta a ensejar a

sua exclusão judicial com a proteção constitucional e legal, no ordenamento jurídico brasileiro, conferida às pessoas com deficiência.

Alerta-se, antecipadamente, que, embora o presente estudo seja realizado em atenção às sociedades limitadas, em razão de sua maior relevância prática, as conclusões aqui alcançadas também são aplicáveis às sociedades de pessoas em geral.

Para responder aos questionamentos formulados, adota-se metodologia exploratória e dedutiva, consistente em análise bibliográfica, destinada a compreender o instituto da exclusão dos sócios em perspectiva estrutural e funcional.

Inicia-se tal estudo pela exposição do problema: de um lado, o instituto construído historicamente para fins de preservar a empresa, e, de outro, a proteção contemporânea, com assento constitucional, à pessoa com deficiência, que não pode sofrer tratamento discriminatório em razão de sua superveniente incapacidade.

Segue-se com o estudo do princípio da função social da empresa e do preenchimento de seu conteúdo normativo, neste caso, pelas normas protetivas à pessoa com deficiência.

Finalmente, são analisados os principais posicionamentos relativos à exclusão de sócio incapaz nas sociedades limitadas, procurando-se, logo em seguida, estabelecer critérios para a aplicação desse instituto na ordem jurídica brasileira vigente.

2. EXCLUSÃO DO SÓCIO: FINALIDADES E DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS CASOS DE INCAPACIDADE SUPERVENIENTE (ART. 1.030 DO CC/02).

Na ordem jurídica brasileira vigente, o instituto da exclusão judicial dos sócios tem seu regramento concentrado no art. 1.030 do Código Civil de 2002[2], o qual prevê as duas hipóteses centrais para que tal exclusão, a saber, a falta grave no cumprimento das obrigações sociais e a incapacidade superveniente.

Ressalva-se, ainda, as possibilidades específicas de exclusão extrajudicial do sócio minoritário das sociedades limitadas, previstas no art. 1.085 do Código Civil de 2002[3], das quais não se ocupa o presente trabalho.

No que se refere à exclusão judicial, tem-se que, conforme expõe Nunes, trata-se de instituto que divide posições doutrinárias acerca da sua caracterização, sendo três as principais correntes a seu respeito[4].

Uma primeira explicação para o instituto seria a teoria do poder corporativo disciplinar, que aponta que a sociedade empresária poderia excluir seus membros nos casos previstos por lei ou instrumento social, em aplicação de poder disciplinar do qual seria dotado o ente coletivo sobre aqueles que o constituiriam, simetricamente ao poder disciplinar da Administração Pública sobre seus agentes[5].

---

[2] Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.
Parágrafo único. Será de pleno direito excluído da sociedade o sócio declarado falido, ou aquele cuja quota tenha sido liquidada nos termos do parágrafo único do art. 1.026.

[3] Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.
Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

[4] NUNES, Antônio José Avelãs. O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais. Coimbra: Almedina, 2002, p. 23.

[5] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 32.

Critica-se esse posicionamento, todavia, por ignorar que a expulsão de sócios nem sempre tem caráter disciplinar, acontecendo, por vezes, simples com o preenchimento de certos requisitos legais ou contratuais[6].

Uma segunda explicação acerca da matéria seria a da disciplina taxativa legal. Em face da importância econômico-social da empresa, seria de interesse público a sua conservação, atribuindo caráter público ao instituto[7].

A ela são apresentadas objeções, todavia, sobretudo em razão de sua artificialidade, já que o instituto da exclusão dos sócios se funda principalmente no interesse privado dos sócios remanescentes, sendo o interesse público no caso em questão apenas reflexo, coincidente no mais das vezes com o interesse particular dos sócios, apontando-se como falha igualmente a taxatividade legal defendida pela teoria e o caráter exclusivamente sancionatório da expulsão[8].

Por fim, tem-se a teoria contratualista, majoritária na Itália, a qual, inspirada tanto no instituto da resolução contratual por inadimplemento quanto no princípio da preservação da empresa, explica que a exclusão dos sócios seria fundada no descumprimento de deveres sociais por parte dos membros do ente coletivo, o que justificaria suas expulsões. Parte daqueles que se filiam a esta corrente explicam, ainda, que a lei ou os instrumentos sociais poderiam prever outras cláusulas resolutivas expressas que independessem de inadimplemento[9].

Apesar das críticas à abordagem da exclusão de sócios como resolução contratual[10], afigura-se essa como a melhor solução, eis que afasta do instituto o caráter de sanção, adequando-o à característica de contrato plurilateral que assume o instrumento constituinte da sociedade empresária,

[6] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 32-33.
[7] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 25.
[8] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 33-38.
[9] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 26-28.
[10] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 38-39.

ao passo que valoriza o princípio da preservação da empresa, corolário do princípio da função social da empresa.

Ao tratar da matéria da exclusão de sócios na sociedade limitada, Coelho aponta quatro hipóteses em que esta pode se dar: a) quando o sócio descumpre seus deveres; b) quando as quotas deste forem liquidadas a pedido de credor; c) quando entra ele em falência; d) quando é declarado incapaz[11].

Na primeira situação, constituir-se-ia a expulsão em sanção, opinião da qual se discorda, haja vista se tratar esse caso não de sanção, mas de hipótese de resolução por inadimplemento dos deveres do sócio, podendo acontecer de forma extrajudicial quando em relação ao sócio minoritário, desde que obedecendo ao procedimento previsto pelo art. 1.085 do CC/02[12], enquanto nos demais casos não teria a exclusão do sócio caráter sancionatório, sendo igualmente possível nessas hipóteses a exclusão extrajudicial, com exceção da expulsão do sócio incapaz, que só poderia ser decretada pelo juiz[13].

Em se falando especificamente da exclusão do sócio incapaz, Coelho afirma, calcando-se na literalidade do art. 1.030, caput, do CC/02[14], aplicado subsidiariamente às sociedades limitadas, que basta que a incapacidade se dê supervenientemente, isto é, após a constituição da sociedade, para que se possa proceder com a expulsão daquele[15].

É neste ponto que se constata o problema enfrentado neste trabalho: a possibilidade de exclusão judicial em razão da circunstância exclusiva de haver sobrevindo a sua incapacidade – sem outras considerações ou critérios,

---

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2, p. 447.
[12] Remete-se o leitor à nota de rodapé 3, acima, em que houve a transcrição do dispositivo legal referenciado.
[13] COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., 2014, p. 448-451.
[14] Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.
[15] COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., 2014, p. 451.

portanto –, não parece compatível com a proteção constitucional e legal conferida às pessoas com deficiência.

Quanto a esta proteção, impende frisar que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, já havia normas destinadas à proibição da discriminação contra pessoas com deficiência[16], caso, por exemplo, da Emenda nº 12 à Constituição Federal de 1967, a qual já proscrevia no inciso III de seu artigo único as práticas discriminatórias contra as pessoas com deficiência[17].

Embora se aponte que referida previsão normativa não ultrapassou os seus aspectos programáticos, carecendo, portanto, de eficácia social[18], o que percebe é que, mesmo se a questão fosse examinada em atenção à ordem constitucional revogada, seria duvidosa a adequação constitucional da interpretação de que, sempre que o sócio de uma sociedade de pessoas se tornasse supervenientemente incapaz, seria autorizada a sua exclusão judicial.

Essa dúvida ganha em complexidade quando se constata que a Constituição Federal de 1988, já em sua redação original, estabeleceu como norma fundamental a proibição ao tratamento discriminatório[19], o que foi especificado no caso das pessoas com deficiência por meio do princípio da não-discriminação, previsto no Artigo 3, "b", da Convenção Internacional

[16] OLIVEIRA, Moacyr de. Deficientes: sua tutela jurídica. In: Revista de Informação Legislativa, v. 19. n. 76, out./dez., 1982, p. 365-376, p. 371-372.
[17] Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: [...]
III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; [...]
[18] RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr., 2004, p. 154 e ss.
[19] 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: [...]

sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência[20], incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status constitucional[21].

A interpretação de que, por força do art. 1.030 do Código Civil de 2002, a pessoa com deficiência, quando sócia de uma sociedade limitada, poderia ser desta excluída pelo mero fato de ter se tornado supervenientemente incapaz para a prática de atos civis, ainda ocasiona perplexidades quando analisada em conjunto com a Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, cuja chave de funcionalidade normativa é a vedação às práticas discriminatórias[22], prevista em seu art. 4º[23].

Deve-se examinar, portanto, como conciliar – se é que é possível – o instituto da exclusão judicial do sócio, especificamente na hipótese de incapacidade superveniente, e a proteção constitucional e legal conferida às pessoas com deficiência, o que depende do esforço interpretativo do art. 1.030 do Código Civil de 2002.

Para que se possa realizar tal trabalho exegético, passa-se a expor quais as balizas hermenêuticas que são reputadas essenciais para a solução do problema enfrentado neste artigo. Mais especificamente, passa-se a expor como o princípio da função social da empresa, orientado e densificado normativamente pela proteção à pessoa com deficiência, é ideal para orientar a interpretação adequada do dispositivo legal referido.

[20] Artigo 3 - Princípios gerais - Os princípios da presente Convenção são: [...]
b) A não-discriminação; [...]
[21] CORRÊA, Luís Fernando Nigro. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Tese (Doutorado em Direito Internacional), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 13.
[22] NERY, Rosa Maria de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD) (Notícia do novo sistema jurídico brasileiro). Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 2, n. 1, 2016, p. 1541-1561, p. 1542.
[23] Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. [...]

3. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, ORIENTADO PELA PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA, COMO BALIZA INTERPRETATIVA DO ART. 1.030 DO CC/02

A noção de função social, antes mesmo de se concretizar como princípio jurídico, surgiu, no auge do liberalismo individualista do século XIX, como postulado metajurídico que atribuiria a proteção jurídica de certos institutos à função econômica que desempenhavam na sociedade[24].

Isto é, servia a função social para justificar a tutela jurídica de certo instituto, dada a sua relevância econômico-social[25].

A ascensão do Estado Social, no início do século XX, resultou na redefinição do conceito de função social. Tratando pioneiramente desta temática, cita-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, notando Didier Jr.[26] que, nesta última, celebrizou-se a previsão de que "a propriedade obriga". É nesse contexto histórico, igualmente, que há pela primeira vez a adoção expressa de uma noção próxima à contemporânea de função social, com sentido de valorização da coletividade[27].

Embora prevista nos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição Federal de 1946[28], por meio da previsão da função social da

[24] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>. Acesso em: Acesso em: 11 jan. 2025., p. 1.
[25] GOMES, Orlando. Contratos. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.
[26] DIDIER JUNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. Disponível em: < http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>. Acesso em: Acesso em: 11 jan. 2025.
[27] POLIDO, Fabrício. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o Conteúdo Normativo da "Função Social" dos Direitos Proprietários. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 27, p. 3 – 47, 2006. p. 14.
[28] Alguns autores consideram que foi a função social da propriedade prevista, no Brasil, pela primeira vez na Constituição de 1934. Nada obstante, dada a curta vigência desta Carta Magna, e em face da sua restrita efetividade, em face do sistema político da época, prefere-se apontar o marco inicial da adoção da função social da propriedade como a Constituição Federal de 1946.

propriedade[29], aponta-se que é sob a égide da Constituição Federal de 1988 que, no Brasil, passou-se a conferir efetiva concretização do princípio da função social da propriedade e de seus corolários[30].

Em que pese inexistir previsão expressa do princípio da função social da empresa, admite-se de modo geral que é também a propriedade empresarial adstrita à observância de uma função social, em função sobretudo da dimensão que assumem as empresas na organização socioeconômica moderna[31].

Em verdade, o que se verifica é que o princípio da função social da empresa decorre diretamente do princípio da função social da propriedade, sendo constitucionalmente assegurado, por conseguinte, e repercutindo no exercício da atividade empresarial e conformando o exercício da propriedade empresarial, por parte dos sócios, também ao interesse da coletividade[32].

Com o reconhecimento de um princípio da função social da propriedade, de agora inegável aplicabilidade, e sobrevindo uma constitucionalização do direito privado, aponta-se que o que se observa é uma funcionalização do direito de empresa, afastando-se o conteúdo deste dos contornos individualistas de outrora[33].

---

[29] CORREIA, Edmar. A função social do contrato. Rio de Janeiro, 2009. 115 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Mestrado em Direito Civil, para obtenção do título de mestre em Direito Civil, p. 68.

[30] PIMENTA, Paulo. Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 188.

[31] MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41 – 66, maio, 2005, p. 41.

[32] MATIAS, João Luís Nogueira. A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada. São Paulo, 2009. 323 p. Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de doutor em Direito Comercial, p. 76-79.

[33] CORREIA, Edmar, op. cit., 2009, p. 22. Em sentido similar, Cf. MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsability. In WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira (Coord.). Direito de Propriedade e Meio Ambiente: novos desafios para o Século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 16. "A nova concepção de propriedade se irradia sobre o direito empresarial, não sendo facultado ao proprietário de empresas, sócios ou acionistas exercerem abusivamente o direito que lhes é assegurado constitucionalmente".

Em paralelo com a ideia de função social da propriedade, a funcionalização da empresa implica, sobretudo, na instrumentalização desse direito patrimonial à consecução não só dos interesses individuais, mas também dos da coletividade[34].

Consequência da importância da empresa na vida comunitária é a existência de deveres da sociedade para com a empresa, como o de preservá-la, e da empresa perante a coletividade, como o de resguardar o meio ambiente, impondo-se ainda um certo tipo de atuação por parte dos sócios daquela, que além de também serem obrigados a contribuir para preservá-la, devem exercer a atividade empresarial no interesse institucional da empresa, ou seja, de todos os sócios, principalmente quando desempenharem papel de controle, pelo que se nota uma aproximação das relações internas da empresa à ideia de isonomia substancial prevista na Constituição Federal de 1988[35].

Alcança-se modernamente, portanto, o entendimento de que o princípio da função social da empresa, de natureza constitucional, por ser corolário do princípio da função social da propriedade, irradia-se pelo ordenamento jurídico brasileiro para estabelecer que a empresa deve atender também a objetivos socialmente relevantes, com implicações nas relações internas e externas da empresa.

Dentre tais interesses sociais que devem ser perseguidos pela empresa, há de se apontar, em geral, a promoção da igualdade, o que, em específico, inclui a busca pela inclusão das pessoas com deficiência e o afastamento de quaisquer práticas discriminatórias contra elas.

Tais deveres jurídicos podem ser visualizados nas relações externas das empresas no tocante à obrigação de contratação de pessoas com deficiência, prevista pela Lei nº 8.213/1991, a qual funciona simultaneamente

[34] MATIAS, João Luís Nogueira, op. cit., 2009, p. 87.
[35] MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., 2005, p. 51.

como instrumento de inclusão social de tais pessoas e de concretização da função social das empresas.

Também no âmbito interno, contudo, deve-se fazer sentir o princípio da função social da empresa, balizando as relações entre os sócios para permitir que a empresa alcance objetivos socialmente relevantes. Tais objetivos, ressalta-se, não anulam a autonomia privada das partes, senão criam limitações para os seus atos, os quais seguem sendo livres, desde que conformes ao âmbito socialmente funcional estabelecido pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, o princípio da função social da empresa – do qual decorrem os deveres jurídicos por esta titularizados de promoção da igualdade e da proteção às pessoas com deficiência – é aplicável também às relações intrassociais, de modo a guiar os contornos de aplicação do instituto da exclusão judicial dos sócios.

Traçadas tais premissas, passa-se à exegese do art. 1.030 do Código Civil de 2002.

4. EXCLUSÃO DE SÓCIOS INCAPAZES NA SOCIEDADE LIMITADA: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO ART. 1.030 DO CC/02

Conforme exposto no primeiro tópico deste trabalho, parte daqueles que analisam a problemática da exclusão dos sócios incapazes afirmam que a incapacidade superveniente, por si só, seria suficiente à exclusão, sem mais considerações[36].

[36] COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit., 2014, p. 451.

Não parece, contudo, ser este o posicionamento acertado, consoante antecipado.

A exclusão do sócio se trata de cláusula resolutiva que pode ser fundada no inadimplemento por parte do sócio de seus deveres enquanto membro da sociedade ou em outras previsões legais ou convencionais, justificando-se a expulsão sempre em um interesse central: a conservação da empresa.

Ora, o entendimento de que a incapacidade superveniente do sócio é motivo de resolução da sociedade em relação a este, independentemente de prejuízo à sociedade, representa interpretação que, além de equivocada, por afastar o instituto em comento do princípio da preservação da empresa, atribuiria à norma caráter flagrantemente inconstitucional, notadamente em razão do status constitucional conferido à vedação à discriminação contra as pessoas com deficiência.

Em sentido diametralmente oposto, Carvalhosa assevera que a incapacidade superveniente do sócio não poderia jamais ser aplicada às sociedades limitadas, porquanto incompatível com o caráter misto, de capital e de pessoas, que o autor atribui a essas sociedades, o qual não se compatibilizaria com essa hipótese de expulsão[37].

Assiste-lhe razão parcial, ao apontar que a sociedade limitada não tem o caráter presumidamente pessoal que assumem as sociedades simples, por exemplo. Nada obstante, falha ao afastar completamente das sociedades limitadas a aplicabilidade desse instituto, aparentemente ignorando as hipóteses em que se verifica a existência de laços pessoais unindo os sócios das sociedades limitadas, situações em que a incapacidade superveniente de um deles poderia representar grave risco à continuidade da empresa.

[37] CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao código civil: parte especial – do direito de empresa. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13, p. 311.

Cita-se, como exemplo, o caso de empresas pequenas, em que comumente todos os sócios exercem atividades que viabilizam a consecução do objeto social, hipótese em que a incapacidade de um deles poderia representar a inviabilidade da atividade empresarial. Se fosse adotada a posição expressada pelo autor, na situação narrada os demais sócios não poderiam excluir o incapaz, devendo esperar que seus atos ou omissões causassem efetivo dano à empresa, o que representaria um grande perigo à continuidade da sociedade, na contramão da preservação da empresa e, por conseguinte, do princípio da função social da empresa.

Adotando posição intermediária, Vio afirma que só seria possível a exclusão dos sócios por incapacidade superveniente quando estivesse previsto no contrato social algum dever deste em relação à sociedade que não mais pudesse ser realizado em face da sua incapacidade, o que se justificaria no fato de que nas sociedades limitadas não seria intrínseco aos sócios nenhum outro dever de colaboração para a consecução do objeto social além da contribuição para a integralização do capital social[38].

No que pese o valor da posição em questão, por evidenciar que a exclusão do sócio incapaz estaria relacionada ao papel que ele assumiria junto à sociedade, posição que vai na esteira de que a expulsão deve servir como forma de preservação da sociedade, peca o autor ao pretender vincular a utilização do instituto à existência de previsão, no contrato social, de deveres de colaboração que não mais poderiam ser desempenhados por conta da incapacidade superveniente, requisito que impossibilitaria a exclusão mesmo quando se constatasse, no caso concreto, a ameaça que a incapacidade do sócio representaria à empresa.

[38] VIO, Daniel de Ávila. A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o código civil de 2002. São Paulo, 2008. 230 p. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de mestre em Direito Comercial, p. 145-146.

Em verdade, a exclusão do sócio incapaz tem aplicação exatamente nos casos de empresas pequenas e médias, em que habitualmente as previsões do contrato social não atendem às minúcias citadas. Estaria praticamente despida de eficácia, portanto, a exclusão por incapacidade superveniente.

Melhor critério para que se meça a aplicabilidade da expulsão do sócio incapaz à sociedade limitada é a análise da finalidade do instituto da exclusão de sócios, atentando-se ao princípio da função social da empresa, que deve guiar a atuação empresarial, e pelas normas protetivas da pessoa com deficiência, que orientam referido princípio.

Explicando a precípua finalidade do instituto em comento, tem-se Nunes, que afirma[39]:

> A natureza e a função social das sociedades comerciais é que faz delas factores de enorme interesse social, saltando para fora do âmbito dos contratos de mero interesse dos participantes. As empresas comerciais representam um valor económico de organização que é necessário conservar, para salvaguarda do esforço organizador dos empresários, do direito dos empregados ao trabalho, dos direitos dos sócios a ver frutificar o seu capital. A ordem jurídica deve, portanto, facilitar o afastamento daquele sócio cuja presença é elemento pernicioso para o seu normal funcionamento e para a prosperidade da sua empresa.

A interpretação do art. 1.030 do Código Civil de 2002, sobretudo no que toca à exclusão de sócios por incapacidade, deve se guiar, portanto, pelo objetivo do instituto de preservar a empresa, o que justifica na sua função

[39] NUNES, Antônio José Avelãs. op. cit., 2002, p. 48-49.

social enquanto produtora e distribuidora de riquezas e instrumento de construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

Nessa esteira, é possível depreender que o critério por excelência para a interpretação e aplicação concreta da norma decorrente do art. 1.030 do Código Civil de 2002 é o risco que pode a incapacidade superveniente do sócio representar para a continuidade da sociedade empresária. Essa ameaça se revela na impossibilidade do sócio de cumprir algum de seus deveres perante a sociedade, prejudicando suas atividades e arriscando a sua preservação.

Não prejudicando a incapacidade civil a situação patrimonial do sócio, entretanto, pode-se afirmar, de antemão, que quando a sociedade limitada se organizar como sociedade de capitais – isto é, quando forem livremente cessíveis as quotas – não cabe a exclusão do sócio que por ventura se tornar incapaz.

Ora, em empresas desse tipo o sócio é um mero prestador de capital, não representando a sua incapacidade superveniente prejuízo à continuidade da atividade empresarial.

Por outro lado, quando a limitada for sociedade de pessoas, vislumbrando uma participação e importância da pessoa do sócio que vá além de sua prestação pecuniária referente à integralização do capital social, é possível a exclusão do sócio incapaz.

Ao se aplicar o instituto, contudo, é necessário se atentar ao caso concreto, devendo sempre se comprovar que o sócio acometido pela incapacidade tinha, de fato, participação na sociedade que superasse o mero investimento financeiro e que restara impossibilitada por conta de sua situação, sendo necessário ainda se provar que isso representaria prejuízo à sociedade que ameaçaria a sua preservação.

Não basta ser a limitada uma sociedade de pessoas para que o sócio incapaz possa ser excluído, portanto. É necessário igualmente que seja observado uma ameaça à continuidade da empresa resultante de sua incapacidade, em face de um dever seu em relação à sociedade que não mais poderá ser cumprido.

Isto é, mesmo quando o sócio supervenientemente incapaz assumia alguma função personalíssima na sociedade – era seu administrador, por exemplo –, apenas se admite a sua exclusão caso demonstrado que a mera substituição por outro sócio não é suficiente a permitir a consecução dos objetivos sociais. Isto é, deve-se demonstrar que a manutenção do sócio incapaz na sociedade é efetivamente capaz de ameaçar a continuidade da empresa.

Cumpre destacar, por fim, que os deveres de colaboração do sócio devem ser constatados à luz do caso concreto, e não pela mera observação do contrato social.

Isso porque a exclusão do sócio não se relaciona à previsão no instrumento social de um dever de colaboração que teria sido infringido pelo sócio – aceitar isso seria acolher a já refutada teoria do poder corporativo disciplinar.

A exclusão se vincula, por outro lado, com a necessidade de preservação da empresa justificada no princípio da função social da empresa, que leva a uma cláusula resolutiva legal da sociedade em relação ao sócio que, por conta de incapacidade superveniente, não pode mais cumprir um dever assumido em face à sociedade, constatado sempre no caso concreto, prejudicando assim a empresa e ameaçando a sua continuidade.

Pelo exposto, tem-se que a adequada interpretação do art. 1.030 do Código Civil de 2002, e, consequentemente, a aplicação do instituto da exclusão do sócio deve ser conformada, em geral, pelo princípio da função

social da empresa, e, mais particularmente no que se refere à preservação desta.

No caso dos sócios supervenientemente incapazes, isso significa que só é possível a exclusão quando representarem um risco à continuidade da sociedade, o que não se dá na generalidade dos casos, mas, conforme demonstrado: (i) apenas nas sociedades limitadas que são sociedades de pessoas, (ii) somente quando o sócio cuja exclusão se pretende tinha um dever de colaboração personalíssimo em relação à empresa, e (iii) exclusivamente se esta contribuição não puder ser prestada a contento por outros sócios, de modo que a incapacidade superveniente do sócio represente efetivo risco à preservação da empresa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho se estudou a exclusão por incapacidade nas sociedades limitadas, para se estabelecer os critérios de aplicação do instituto com vistas à sua compatibilização com a proteção conferida às pessoas com deficiência.

Primeiramente foram expostos o contorno do problema enfrentado, apontando-se as diversas correntes teóricas a respeito do instituto da exclusão de sócios e as aparentes perplexidades decorrentes da aplicação conjunta deste instituto, cujo regramento legal é concentrado, nas sociedades de pessoas, no art. 1.030 do Código Civil de 2002, com as normas constitucionais e legais protetivas das pessoas com deficiência.

Em seguida, examinou-se os contornos históricos e jurídicos do princípio da função social da empresa. Demonstrou-se ser ele corolário da função social da propriedade, com assento constitucional, portanto. Ademais, buscou-se delimitar o seu conteúdo normativo, concluindo-se tratar de norma

que vincula o âmbito de atuação das empresas, em suas relações externas e internas, à consecução de objetivos socialmente relevantes, dentre os quais a promoção da igualdade e a proteção das pessoas com deficiência.

Por fim, passou-se a interpretar o art. 1.030 do Código Civil de 2002 à luz do princípio da função social da empresa, este orientado e densificado normativamente pela proteção à pessoa com deficiência.

Concluiu-se que a exclusão do sócio supervenientemente incapaz, prevista no referido dispositivo legal, é aplicável às sociedade limitadas, desde que atendidos certos critérios de aplicação. Nesse sentido, a exclusão de sócios incapazes apenas seria possível para zelar pela preservação da empresa, sendo imperioso que o instituto só seja utilizado quando a incapacidade superveniente do sócio importar risco à continuidade da sociedade. Isso apenas pode ser verificado: (i) nas sociedades limitadas que são sociedades de pessoas, (ii) quando o sócio cuja exclusão se pretende tinha um dever de colaboração personalíssimo em relação à empresa, e (iii) se esta contribuição não puder ser prestada a contento por outros sócios, de modo que a incapacidade superveniente do sócio represente efetivo risco à preservação da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHOSA, Modesto. Comentários ao código civil: parte especial – do direito de empresa. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (Coord.). Comentários ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro. A convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro. Tese (Doutorado em Direito Internacional), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

CORREIA, Edmar. A função social do contrato. Rio de Janeiro, 2009. 115 p. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Mestrado em Direito Civil, para obtenção do título de mestre em Direito Civil.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. Disponível em: < http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/a-funcao-social-e-a-tutela-da-posse-fredie-didier.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2025.

GOMES, Orlando. Contratos. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41 – 66, maio, 2005.

MATIAS, João Luís Nogueira. A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada. São Paulo, 2009. 323 p. Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de doutor em Direito Comercial.

MATIAS, João Luís Nogueira. A propriedade e a ética empresarial: a distinção entre a função social da empresa e a teoria da social responsability. In WACHOWICZ, Marcos; MATIAS, João Luís Nogueira (Coord.). Direito de Propriedade e Meio Ambiente: novos desafios para o Século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade. O estatuto da pessoa com deficiência (L 13146, de 6.7.2015 – EPD) (Notícia do novo sistema jurídico brasileiro). Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 2, n. 1, 2016, p. 1541-1561.

NUNES, Antônio José Avelãs. O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais. Coimbra: Almedina, 2002.

OLIVEIRA, Moacyr de. Deficientes: sua tutela jurídica. In: Revista de Informação Legislativa, v. 19. n. 76, out./dez., 1982, p. 365-376.

PIMENTA, Paulo. Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POLIDO, Fabrício. Ensaio: A Constituição de Weimar de 1919 e o Conteúdo Normativo da "Função Social" dos Direitos Proprietários. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 27, p. 3 – 47, 2006.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 47, abr., 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>. Acesso em: Acesso em: 11 jan. 2025.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIO, Daniel de Ávila. A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o código civil de 2002. São Paulo, 2008. 230 p. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de mestre em Direito Comercial.

O VALOR DO ESTADO DE DIREITO E SEUS MEIOS DE PROTEÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Means of Protection of the Value of Rule of Law in the European Union

Mário Simões Barata[1]

Instituto Politécnico de Leiria

Dora Resende Alves[2]

Universidade Portucalense Infante D. Henrique

DOI: https://doi.org//10.62140/MBDA632030830

Sumário: 1. Introdução; 2. O tema como preocupação atual; 3. O valor e o princípio do Estado de Direito; 4. A ação por incumprimento; 5. Outros instrumentos; 6. Notas conclusivas.

Resumo: O valor e princípio do Estado de Direito resulta das tradições constitucionais dos Estados-Membros da União Europeia e está hoje bem expresso na base axiológica da integração europeia. Contudo, não é um dado adquirido, antes uma preocupação crescente da última década, o que tem motivado um construir de medidas jurídicas e institucionais na UE. Apresenta-se um pequeno roteiro de abordagem a um tema atual com uma continuidade inquietante.

Palavras-chave: Valor; Estado de Direito; União Europeia; Meios de Proteção; Tribunal de Justiça da União Europeia.

Abstract: The value and principle of the rule of law results from the constitutional traditions of the Member States of the European Union and is now well expressed in the axiological basis of European integration. However,

[1] Professor Coordenador do Instituto Politécnico de Leiria. Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP – IP Leiria). E-mail: mario.barata@ipleiria.pt. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8512-1650

[2] Professora Associada da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense. E-mail: dra@upt.pt ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4720-1400

it is not a given, but rather a growing concern over the last decade, which has motivated a construction of legal and institutional measures in the EU. A short itinerary is presented to address a current topic with a disturbing continuity.

Keywords: *Value; Rule of law; European Union; Means of Protection; Court of Justice of the European Union.*

1. INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE) baseia-se num conjunto de valores (i.e., dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de Direito e respeito pelos direitos humanos) que constituem a sua identidade, de acordo com o artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE)[3].

Entre estes valores, podemos encontrar o Estado de Direito, que é também um princípio de direito constitucional que foi europeizado através dos Tratados institutivos onde podemos encontrar referências implícitas e explícitas ao mesmo. Assim, encontramos referências expressas ao mesmo no preâmbulo e nos artigos 2.º, 19.º, n.º 1, 21.º, n.ºs 1 e 2, do TUE bem como no preâmbulo e no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)[4]. Para além destas disposições, referências implícitas ao valor do Estado de Direito, que surgem também como um princípio, encontram-se ainda nos artigos 3.º, 7.º, 8.º e 49.º do TUE.

Embora o direito primário da UE não defina especificamente este valor, o seu significado pode ser encontrado no direito derivado da UE (ou seja, no Considerando 3 do Regulamento 2020/2092)[5], que afirma que "o

[3] UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia C 202. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016-06-07. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT

[4] UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia C 326. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012-10-26. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT

[5] PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2020. Jornal Oficial da União Europeia L 433I. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia,

Estado de Direito exige que todos os poderes públicos atuem dentro dos limites estabelecidos por lei, de acordo com os valores da democracia e o respeito pelos direitos fundamentais (...) sob o controlo de tribunais independentes e imparciais" e engloba os seguintes elementos fundamentais: princípios da legalidade; segurança jurídica; proibição da arbitrariedade; proteção judicial efetiva por tribunais independentes e imparciais; separação de poderes; não discriminação e igualdade perante a lei. Apesar do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ter validado esta definição nos Acórdãos referentes aos Processos C- 156/21[6] e C-157/21[7], ambos de 16 de fevereiro de 2022, a doutrina entende que há dimensões do valor em falta.

No entanto, verificou-se um retrocesso na efetivação do Estado de Direito na última década, nomeadamente em países como a Hungria e a Polónia pelo seu percurso político[8]. As violações persistentes deste valor levaram à União Europeia a aperfeiçoar a sua "caixa de ferramentas" para lidar com este fenómeno. Nesse sentido, os meios de proteção incluem e acrescem medidas de natureza preventiva e corretiva. As medidas preventivas visam avaliar os riscos de uma eventual violação e consistem em pressionar politicamente os Estados envolvidos através do diálogo. No âmbito das medidas preventivas, a doutrina alude aos seguintes instrumentos: "Rule of Law Report"; "EU Justice Scoreboard"; "Rule of Law Framework"; "Rule of Law Peer Review"; "Rule of Law Dialogue". Pelo contrário, as medidas corretivas visam evitar a futura deterioração do Estado de Direito num determinado Estado-Membro através do recurso a sanções políticas e

2020-12-22. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32020R2092

[6] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 16 de fevereiro de 2022, Hungria contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0156

[7] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 16 de fevereiro de 2022, República da Polónia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia., C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0157

[8] MARTINS DE MATOS, Gonçalo. This is How Liberty Dies? Reflections on Legal Checks and Balances through the Main Political Theme of the "Star Wars" Prequel Trilogy, in Light of the Worryingly Global Illiberal Drift. JusGov Research Paper. 2024, n.º 11. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5044063

financeiras para disciplinar os Estados-Membros que persistem em violar o valor em questão. Assim, a UE pode recorrer TJUE e chegar ao ponto de suspender pagamentos bem como direitos de voto. Estes meios de proteção visam evitar futuras violações do valor relativo ao Estado de Direito e abarcam: a ação de incumprimento prevista nos artigos 258.º a 260.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); o mecanismo da condicionalidade previsto em regulamento; o artigo 7.º do TUE para uma resposta política.

Em suma, esta comunicação visa explicar o valor e princípio do Estado de Direito na União Europeia, bem como analisar os principais meios de proteção deste valor que está na base da identidade europeia.

Terá por bases a doutrina, a legislação e documentação institucional da União Europeia, a jurisprudência do TJUE, mas também alguns endereços eletrónicos institucionais, essenciais numa era de transformação digital[9].

2. O TEMA COMO PREOCUPAÇÃO ATUAL

A Comissão Europeia na sua formação atual, para o período 2019-2024, pouco tempo depois do seu início de funções em 1 de dezembro de 2024, apresentou o seu compromisso solene perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), nos termos do TFUE (artigo 245.º), em 27 de janeiro de 2025[10]. Logo aí, algumas palavras foram proferidas pelo presidente do TJUE, Koen Lenaerts, que, com a maior atualidade, lembrou a relevância do valor do Estado de Direito na construção da integração europeia e o seu perigar. Não é demais ler essas palavras.

> Os últimos anos ficaram ainda marcados por violações cometidas, a partir do interior ou do

[9] BALTAZAR, Isabel e PACHECO, Fátima (Coord.). *Dicionário de Valores Europeus*. Lisboa: Petrony, 2025, p. 696.

[10] Repetido em 10 de fevereiro de 2025 para três membros que não puderam participar na audiência solene anterior, no decurso da qual a Presidente da Comissão Europeia e vinte Membros desta última assumiram o mesmo compromisso.

> exterior da Europa, contra os valores do Estado de Direito, bem como contra as liberdades e os direitos fundamentais. Perante essas violações, que ameaçam os nossos sistemas e as nossas Instituições democráticas, e que são frequentemente exacerbadas por campanhas de desinformação e de destabilização veiculadas através de algumas redes sociais, constitui um dever coletivo das Instituições europeias continuar a trabalhar diariamente para preservar a base de valores que constitui o fundamento do nosso ordenamento jurídico comum. [11]
>
> O Programa de Ação da nova Comissão, que a sua Presidente expôs há alguns meses ao Parlamento Europeu, pretende dar prioridade a uma Europa mais competitiva, mais resiliente e menos dependente do exterior num contexto mundial difícil, em profunda mutação geopolítica, económica, ambiental e tecnológica. A tónica é também colocada na necessidade de uma Europa socialmente responsável e solidária, bem como num reforço da proteção das categorias vulneráveis da população numa sociedade cada vez mais digital. Entre os grandes eixos deste Programa de Ação figura também a defesa coletiva dos valores do Estado de Direito para fazer face às violações que contra ele são cometidas a partir do interior ou do exterior da Europa, e que ameaçam os próprios fundamentos dos nossos sistemas e das nossas Instituições democráticas. [12]

Para além de instrumentos de proteção do valor do Estado de Direito no seu todo, também surgem preocupações com algumas das suas fragilidades, surgidas em Estado-Membros, e que já mereceram reações da

[11] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa do Tribunal de Justiça n.º 7/25 de 27 de janeiro de 2025, em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-01/cp250007pt.pdf

[12] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa do Tribunal de Justiça n.º 15/25 de 10 de fevereiro de 2025, em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-02/cp250015pt.pdf

UE[13]. Como salienta António Vitorino, "tem vindo a ganhar relevo a necessidade de adotar mecanismos que garantam a integridade e a independência dos tribunais nacionais na perspetiva da cooperação leal entre os Estados- Membros e da confiança na ordem jurídica da União"[14]. Tanto é assim que o TJUE tenta transmitir esta preocupação através de variadas formas de contacto virtual com os cidadãos, tal como com vídeo sobre "Proteger o Estado de Direito na União Europeia" presente na página inicial do seu endereço eletrónico[15]. São novos meios de comunicação digital, modos mais gráficos de passar a mensagem, adequados ao acompanhar da Europa Digital pretendida também como uma prioridade da Comissão Europeia.

É neste contexto que se torna, infelizmente, no sentir dos autores[16], sempre necessário regressar ao tema e torná-lo presente neste evento, ainda que apenas sob a forma de breve roteiro.

3. O VALOR E O PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

O princípio do Estado de Direito é um valor da União Europeia cuja origem encontra-se no direito constitucional e pretende, na perspetiva de Gomes Canotilho, "dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da atividade do Estado. Ao decidir-se por um Estado de Direito a Constituição visa conformar as estruturas do poder

[13] DUARTE, Maria Luísa, GIL, Ana Rita & FREITAS, Tiago Fidalgo. *Direitos Humanos e Estado de Direito - Proteção no Quadro Europeu e Internacional*. AAFDL, 2022.
[14] BALTAZAR, Isabel e PACHECO, Fátima (Coord.). *Dicionário de Valores Europeus*. Lisboa: Petrony, 2025, p. 444.
[15] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. "Proteger o Estado de Direito na União Europeia". Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/ ou https://www.youtube.com/watch?v=SfgWVPxJBe0&t=5s [consult. 19-out-2025].
[16] BARATA, Mário Simões, & ALVES, Dora Resende. Crise nas democracias europeias: Que risco para o Estado de Direito? In MONTEIRO, Susana Sardinha, CEBOLA, Cátia Marques & Lucas, Eugénio (Coords.). A União Europeia em tempos de crise: Direitos e políticas públicas de 2020 a 2023. Coimbra: Almedina, 2023. pp. 143-167.

político e a organização da sociedade segundo a medida do direito"[17]. Tal significa, de acordo com o mesmo autor, que o direito deve ser compreendido "como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições".[18]

Este princípio multifacetado desenvolveu-se em vários Estados-Membros da União Europeia e foi acolhido, em certo sentido, no artigo 164.º do Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE). A referida disposição estabelecia que "o Tribunal de Justiça assegura o respeito do direito na interpretação e aplicação do presente Tratado" e a primeira referência ao princípio na jurisprudência desta instância jurisdicional encontra-se no Processo 294/83, Parti Écologiste 'Les Verts' v. European Parliament que foi decidido em 1986[19]. Naquela decisão, o Tribunal de Justiça afirmou que a então CEE era uma comunidade baseada no princípio do Estado de Direito. A partir dai, o valor do Estado de Direito foi consagrado de uma forma direta e indireta em inúmeras disposições do direito primário europeu conforme já referimos no ponto introdutório deste trabalho.

A doutrina constata que não há uma disposição no direito originário que defina o valor do Estado de Direito. Apesar disso, regista a adoção de alguns instrumentos que afloram esta problemática. Nesse sentido, a doutrina aponta para o Mecanismo de Cooperação e de Verificação que foi adotado para monitorizar o progresso da Roménia e da Bulgária no que diz respeito à reforma judicial e a Comissão Europeia definiu o princípio de Estado de Direito como aquele que requer um sistema judicial e um sistema

[17] CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 243.
[18] *Idem*.
[19] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal 23 de Abril de 1986, *Partido Ecologista "Les Verts" contra Parlamento Europeu*, C-294/83. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92818&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15560785

administrativo que sejam independentes, imparciais e efetivos. Para além deste mecanismo, os autores mencionam o "Rule of Law Framework" que foi adotado pela Comissão Europeia em 2014. Este enquadramento é apresentado como um mecanismo suscetível de ser utilizado pela União antes de a mesma recorrer ao meio de proteção constante do artigo 7.º do TUE e que será focado adiante. Contudo, esta lacuna, ao nível da definição do princípio/valor foi colmatada pelo direito derivado. Assim, referências ao Estado de Direito encontram-se nos instrumentos dedicados à promoção externa dos valores da UE em harmonia com o artigo com o artigo 21.º do TUE, nomeadamente o Regulamento n.º 2021/947[20] que cria o Instrumento de Vizinhança, de Cooperação para o Desenvolvimento e de Cooperação Internacional. No entanto, a primeira definição global e abrangente de Estado de Direito que liga este valor à democracia e ao respeito pelos direitos humanos encontra-se no Regulamento n.º 2020/2092, do Parlamento e do Conselho, relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União, em casos ou situações de violação do princípio do Estado de Direito num determinado Estado-Membro.

Em concreto, o terceiro considerando do Regulamento n.º 2020/2092 estabelece os elementos essenciais deste princípio ou valor conforme já escrevemos no ponto introdutório. No entanto, a doutrina entende que há omissões no que toca às dimensões do valor naquele ato normativo. Nesse sentido, Laurent Pech sustenta que os elementos principais do valor do Estado de Direito que foi adotada pelo Regulamento são: "os princípios de legalidade que implica um processo legislativo transparente, responsável, democrático e pluralista; certeza do direito; proibição do arbítrio pelo poder executivo; proteção judicial efetiva, incluindo o acesso a tribunais independentes e imparciais, respeito pelos direitos fundamentais; separação

[20] PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2021/947 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de junho de 2021. Jornal Oficial da União Europeia L 209. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2021-06-14. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32021R0947

de poderes; não discriminação e igualdade perante a lei"[21]. Em termos gerais, Pech aplaude a definição constante do Regulamento n.º 2020/2092. Contudo, sublinha que a mesma não encerra todas as dimensões associadas ao princípio/valor do Estado de Direito, designadamente: "o acesso ao direito; segurança jurídica; proteção da confiança dos cidadãos; princípio da proibição do excesso" (i.e., a proporcionalidade em sentido amplo)[22].

4. A AÇÃO POR INCUMPRIMENTO

Falamos de valor e de princípio e tais resultam do expresso no direito da União Europeia. Como tal, o seu cumprimento é pressuposto da cooperação leal[23] esperada por parte dos Estados-Membros. Contudo, acontecerá que em algum momento os Estados-Membros não cumpram integralmente as normas do direito da União Europeia. Para tal situação, desde os tratados originários, encontrarmos um mecanismo jurisdicional que é, ele próprio, uma das caraterísticas muito próprias da integração europeia com o seu próprio sistema jurisdicional – a ação por incumprimento. Prevista nos tratados desde a origem, consta como recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia para reação contra um Estado que infrinja as regras que se esperam cumpridas para a coerência do todo. Tais são as previsões dos artigos 258.º, 259.º e 260.º do TFUE, com alguns acrescentos de intervenção do TJUE ao longo das modificações aos tratados no sentido da maior severidade da intervenção.

[21] PECH, Laurent, The Rule of Law as a Well Established and Well Defned Principle of EU Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2022, n.º 14, pp. 107–138.
[22] *Idem*.
[23] BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira, ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo, CAMISÃO, Isabel. *Enciclopédia da União Europeia*. Lisboa: Petrony, 2018.

A jurisprudência[24] do TJUE tem-se demonstrado muito relevante[25] para o tópico aqui estudado[26]. Tragicamente, tem sido crescente o número de processos precisamente com esta violação[27], o que mostra, por um lado, que a Comissão se mantém atuante como "guardiã dos tratados" e, por outro, da eficácia que este meio contencioso originário continua a revelar. Foi, ainda, no decurso de um outro contencioso, em processos de anulação que o TJUE validou um conceito de «Estado de Direito» que os Estados-Membros partilham e ao qual aderem como valor comum às suas tradições constitucionais. Tal ocorreu nos Acórdãos referentes aos processos C- 156/21 e C-157/21[28]. Outros recentes[29] ou ainda a decorrer se mostrarão relevantes[30].

As mais recentes estatísticas do TJUE para 2024, com os dados relativos aos processos por incumprimento, mostram uma diminuição

[24] Podendo até considerar-se jurisprudência histórica, como alguns dos acórdãos mais relevantes para a integração europeia. Cf. GÁLVEZ GALISTEO, Juan. 7 years of the "Portuguese Judges" judgment – understanding where we come from so we know where we are going. *Blog UNIO Law*. Universidade do Minho, 2025. Disponível em: https://officialblogofunio.com/2025/03/15/7-years-of-the-portuguese-judges-judgment-understanding-where-we-come-from-so-we-know-where-we-are-going/

[25] Estudada por NUNES, Renata L. F. Ação por incumprimento enquanto instrumento de defesa do Estado de Direito na Polónia. Dissertação de Mestrado. Porto: Universidade Portucalense, 2024. Disponível em: https://repositorio.upt.pt/entities/publication/a4671450-9bef-4919-812e-396f9aa84dd2

[26] Veja-se a belíssima obra de DUARTE, Rita Sineiro Andrade Aroso. *A crise do Estado de Direito na União Europeia e o papel do TJUE*. Coimbra: Almedina, 2022.

[27] A ponto de merecer um tópico no relatório anual do TJUE, como exemplo no último publicado nesta data, referente ainda a 2023. Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Relatório anual 2023 – Panorama do ano*. Luxemburgo: Tribunal de Justiça da União Europeia, 2024, p. 65. Disponível em: https://curia.europa.eu/panorama/2023/pt/

[28] Ambos de 16 de fevereiro de 2022, decididos em Tribunal Pleno. Acórdãos do Tribunal de Justiça, um da Hungria (ECLI:EU:C:2022:97) e outro da República da Polónia (ECLI:EU:C:2022:98). contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, referidos inicialmente.

[29] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 5 de junho de 2023, Comissão Europeia contra República da Polónia, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, Coletânea da Jurisprudência — Coletânea Geral. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0204 O Processo C-204/21, onde ocorreu a aplicação de medidas cautelares com grande impacto na imprensa.

[30] Aguardado o desfecho do Processo C-448/23, Comissão Europeia contra República da Polónia, onde ocorreram a aplicação de medidas cautelares com grande impacto na imprensa e já foram proferidas as conclusões do advogado-geral em 11 de março de 2025 (ECLI:EU:C:2025:165). Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/fiche.jsf?id=C%3B448%3B23%3BRD%3B1%3BP%3B1%3BC2023%2F0448%2FP&nat=or&mat=or&pcs=Oor&jur=C%2CT%2CF&num=C-448%252F23&for=&jge=&dates=&language=pt&pro=&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&oqp=&td=%3BALL&avg=&lgrec=pt&lg=&cid=17129990

destes processos de 2024 (42) face ao número muito elevado de 2023 (52), mas ambos bem acima dos anos anteriores (18 para 2020, 22 para 2021, 35 para 2022)[31]. Certamente que este número não se refere unicamente à violação do valor aqui estudado, mas é um indicador importante.

5. OUTROS INSTRUMENTOS

Durante décadas, a ação por incumprimento foi o único mecanismo previsto no direito da União Europeia para uma situação de incumprimento, ainda que com possibilidade do apoio da tomada de medidas provisórias, pelos artigos 278.º e 279.º do TFUE, e também com esclarecimentos através do diálogo jurisdicional entre tribunais nacionais e o TJUE pelo reenvio prejudicial do artigo 267.º do TFUE. Contudo, a sua morosidade necessária, a especificidade de algumas situações, entretanto percecionadas, a crescente ideia de prevenção, a garantia de uma mais rápida eficácia na sanção, foram dando lugar à criação de novos mecanismos de intervenção[32]. Desse modo, sempre na ideia de convidar o Estado infrator ao cumprimento, prevenindo situações, foram criadas outras vias, dentro e fora dos tratados, algumas até gerando discussão na doutrina quanto à sua classificação.

Em especial, verificou-se um retrocesso na efetivação do Estado de Direito na última década, nomeadamente em países com a Hungria, desde 2011, e a Polónia, desde 2017, e a ação por incumprimento não era suficiente. De facto, as violações persistentes deste valor levaram à União Europeia a

[31] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Estatísticas judiciárias do Tribunal de Justiça – 2024*. Luxemburgo: Tribunal de Justiça da União Europeia, 2025. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-03/ra_en_statistiques_24_-_cour.pdf

[32] Cf. BARATA, Mário Simões & Alves, Dora Resende. Democracia e Estado de Direito na União Europeia: O papel do TJUE. In MONTEIRO, S. S., CEBOLA, C. M., VEIGA, F. S. (Coords), [Atas de conferência] Direitos Humanos, Cidadania Global e Desenvolvimento Sustentável. Iberojur, 2022, pp. 410-420). Disponível em: http://hdl.handle.net/11328/5096 .

aperfeiçoar a sua "caixa de ferramentas" (*the rule of law toolbox*[33]) para lidar com este fenómeno. Nesse sentido, os meios de proteção incluem e acrescem medidas de natureza preventiva e corretiva. As medidas preventivas visam avaliar os riscos de uma eventual violação e consistem em pressionar politicamente os Estados envolvidos através do diálogo.

Surgem então outras medidas. Como salientada pelo Comité Económico e Social, "a importância de utilizar todos os instrumentos disponíveis da UE em resposta a violações sistemáticas do Estado de Direito"[34].

> No âmbito das medidas preventivas, encontramos seguintes instrumentos[35]:
>
> - os Relatórios sobre o Estado de Direito na União Europeia[36] ("Rule of Law Report") num trabalho[37] que analisa quatro domínios fundamentais do Estado de Direito: o sistema judicial, o quadro de luta contra a corrupção, o pluralismo e a liberdade dos meios de comunicação social e outras questões institucionais relacionadas com o equilíbrio de

[33] Cf. CONSELHO EUROPEU & CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. "Porque é que o Estado de direto é importante?" Bruxelas: Conselho Europeu, 2024. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/rule-of-law-why-it-matters/

[34] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer C/2025/1184 - Avaliação dos relatórios anuais da Comissão Europeia sobre o Estado de Direito na União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia C C/2025/1184. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2025-03-21, § 1.7. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/C/2025/1184/oj

[35] CONZELMANN, Thomas. Peer Reviewing the Rule of Law? A New Mechanism to Safeguard EU Values. *European Papers*. University of Rome "La Sapienza", 2022, vol. 7. Disponível em: https://www.europeanpapers.eu/e-journal/peer-reviewing-rule-law-new-mechanism-safeguard-eu-values

[36] Último e quinto relativo a 2024. Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito Situação na União Europeia*. Documento COM(2024) 800 final de 24.07.2024. Em https://commission.europa.eu/document/download/27db4143-58b4-4b61-a021-a215940e19d0_pt?filename=COM_2024_800_1_PT_ACT_part1_v1.pdf

[37] COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer C/2025/1184 - Avaliação dos relatórios anuais da Comissão Europeia sobre o Estado de Direito na União Europeia.

poderes e a sua situação em cada Estado-Membro[38];

- O Painel de Avaliação da Justiça na UE[39] ("EU Justice Scoreboard") que apresenta uma panorâmica anual dos indicadores sobre a eficiência, a qualidade e a independência dos sistemas judiciais[40];

- O quadro do Estado de Direito ("Rule of Law Framework")[41] no sentido de identificar preventivamente as situações que possam conduzir à aplicação do mecanismo do artigo 7.º do TUE, como complemento prévio à fase preventiva desse artigo[42];

- O Semestre Europeu ("Rule of Law Peer Review")[43], em que o Conselho adota recomendações por país, numa análise anual e atento o funcionamento do sistema judicial.

- O Diálogo anual do Conselho sobre o Estado de Direito ("Rule of Law Dialogue")[44], numa análise anual entre os Estados representados no Conselho da União através de debates anuais sobre a situação geral da UE e a de cada Estado-Membro, à vez (12 de cada vez);

---

[38] Em https://commission.europa.eu/publications/2024-rule-law-report-communication-and-country-chapters_pt

[39] Na sua 12.ª edição. Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Painel de Avaliação da Justiça na UE 2024*. Documento COM(2024) 950 final de 11.06.2024. Em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52024DC0950&qid=1726580769028

[40] Em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_pt

[41] Em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-framework_en

[42] BALTAZAR, Isabel, PACHECO, Fátima (Coord.). *Dicionário de Valores Europeus*. Lisboa: Petrony, p. 27, 2025.

[43] COMISSÃO EUROPEIA. "Semestre Europeu". Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/european-semester_pt

[44] COMISSÃO EUROPEIA. "Diálogos nacionais sobre o Estado de direito". Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle/national-rule-law-dialogues_en

-E mesmo ainda de referir o Mecanismo de cooperação e de verificação (MCV)[45] criado como medida transitória para ajudar a Roménia[46] e a Bulgária a fazerem os progressos necessários no âmbito do Estado de Direito desde a sua adesão em 2007, já encerrado em 2023 mas de possível uso futuro[47].

Por sua vez, as medidas corretivas visam evitar a futura deterioração do Estado de Direito num determinado Estado-Membro através do recurso a sanções políticas e financeiras para disciplinar os Estados-Membros que persistem em violar o valor em questão. Assim, a UE pode recorrer TJUE e chegar ao ponto de suspender pagamentos bem como direitos de voto. Estes meios de proteção visam evitar futuras violações do valor relativo ao Estado de Direito e abarcam[48]:

- A já destacada ação de incumprimento prevista nos artigos 258.º a 260.º do TFUE, mas, para além dela[49],

- O próprio diálogo formal entre os tribunais nacionais e o TJUE, através do reenvio prejudicial do artigo 267.º do TFUE tem

[45] EUROPEAN COMISSION. Rule of Law: Commission formally closes the Cooperation and Verification Mechanism for Bulgaria and Romania. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_23_4456

[46]Pela já revogada Decisão 2006/928/CE da Comissão, de 13 de Dezembro de 2006 , que estabelece um mecanismo de cooperação e de verificação dos progressos realizados na Roménia relativamente a objectivos de referência específicos nos domínios da reforma judiciária e da luta contra a corrupção e a criminalidade organizada. Cf. COMISSÃO EUROPEIA. Decisão da Comissão, de 13 de Dezembro de 2006. Jornal Oficial da União Europeia L 354. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2006-12-14, pp. 56-57. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dec/2006/928/oj

[47] Que deu origem a um processo recente, ainda que julgado inadmissível por falta de legitimidade. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Despacho do Tribunal Geral de 3 de fevereiro de 2025, Asociaţia Iniţiativa pentru Justiţie/Comissão, T-1126/23, ECLI:EU:T:2025:138. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=295061&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15606350

[48] BALTAZAR, Isabel e PACHECO, Fátima (Coord.). *Dicionário de Valores Europeus*. Lisboa: Petrony, 2025, p. 26.

[49] DUARTE, Rita Sineiro Andrade Aroso. *A crise do Estado de Direito na União Europeia e o papel do TJUE*. Coimbra: Almedina, 2022, p. 122.

permitido pertinentes análises, vinculativas para os Estados[50];

- O artigo 7.º do TUE para uma resposta política e último recurso, qualificado e sancionatório[51] que permite ao Conselho penalizar as violações graves e persistentes de cada um dos valores comuns em que a União assenta, e que definem a sua identidade, com vista, nomeadamente, a obrigar o Estado-Membro em causa a pôr termo a essas violações[52], tendo sido já acionado contra a Polónia em 2017, ainda que retirado em 2024[53], e contra a Hungria em 2018;

- O mecanismo do regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União, criado pelo direito derivado no Regulamento Condicionalidade (UE, Euratom) 2020/2092[54], criado em consequência de a UE constatar de deterioração do comportamento em alguns Estados-Membros e tomar medidas para proteger o seu orçamento retendo o financiamento dos Estados-Membros que violem os princípios do Estado de Direito, especialmente quando essas violações afetam os

[50] *Idem*, p. 107.

[51] BALTAZAR, Isabel e PACHECO, Fátima (Coord.). *Dicionário de Valores Europeus*. Lisboa: Petrony, p. 26, 2025.

[52] Conforme os processos C- 156/21 e C-157/21, referidos atrás.

[53] Na imprensa. Cf. EURONEWS. "Bruxelas vai encerrar processo por violação do Estado de direito aberto à Polónia. 2024. Disponível em: https://pt.euronews.com/my-europe/2024/05/06/bruxelas-vai-encerrar-procedimento-por-violacao-do-estado-de-direito-aberto-a-polonia

[54] PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2020 relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União. Jornal Oficial da União Europeia L 433I. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2020-12-22. Em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=uriserv:OJ.LI.2020.433.01.0001.01.POR

interesses financeiros da UE [55]. Em vigor desde 2021, foi aplicado pela primeira vez à Hungria[56]

6. NOTAS CONCLUSIVAS

O princípio do Estado de Direito é basilar da construção europeia e celebrado como valor comum. Infelizmente, constatada a sua deterioração pelo comportamento de alguns Estado-Membros, a União Europeia viu-se na necessidade de ir para além do instrumento originário de meio contencioso para declarar o incumprimento de um Estado, previsto nos tratados. E, avançar ao criar, ao longo do percurso de modificação dos tratados, pelo direito derivado e pela prática institucional, outros mecanismos preventivos e também sancionatórios para fazer face a essa ameaça que coloca em causa toda a essência da União.

O uso do processo por incumprimento perante o TJUE diminuiu um pouco em 2024 – quem sabe se resultado das restantes medidas? – mas continua em valores muito elevados face ao percurso de anos anteriores. Mantém-se muito necessária a vigilância por parte da UE para o cumprimento do valor do Estado de Direito. Valor esse cujo respeito não é apenas (mas também) uma obrigação que um Estado candidato é obrigado a cumprir para aderir à União, mas sim uma base de confiança mútua permanente a manter e cumprir na vivência estadual.

Como citado, as violações cometidas contra o valor do Estado de Direito marcaram os últimos anos e ocupam ainda as apreciações do TJUE

[55] BARATA, Mário Simões, ALVES, Dora Resende. Crise nas democracias europeias: Que risco para o Estado de Direito? A situação da Hungria. In MONTEIRO, S. S., CEBOLA, C. M., Lucas, E. (Coords.). *A União Europeia em tempos de crise: Direitos e políticas públicas de 2020 a 2023*. Coimbra: Almedina, 2023, pp. 143-167.

[56] CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de Execução (UE) 2022/2506 do Conselho de 15 de dezembro de 2022 relativa a medidas para a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de Direito na Hungria. Jornal Oficial da União Europeia L 325. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2022-12-20, pp. 94-109. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dec_impl/2022/2506/oj

nos dias presentes. Deixa-se aqui um mero roteiro para orientar a abordagem a uma preocupação séria no prosseguir do direito da União Europeia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Dora Resende, CASTILHOS, Daniela Serra, XAVIER, Ana Maria. O Estado de Direito e a sua violação na Hungria. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*. 2021, dez, vol. 16, n.º 2, pp. 1-30. doi: 10.21207/1983-4225.2021.1319. Disponível em: http://hdl.handle.net/11328/387. ISSN: 1983-4225

ALVES, Dora Resende, TRINDADE, Carlos. Do artigo 7º do Tratado da União Europeia na situação da Polónia. In GONÇALVES, R. M., & VEIRA, F. S. (dirs.); BRITO, P. (Coord.), Estudios de Derecho Iberoamericano, Vol 3. Porto: Universidade Lusófona do Porto, 2019, pp. 695-710. Disponível em: http://hdl.handle.net/11328/2860 ISBN: 978-84-09-13678-0.

BALTAZAR, Isabel e PACHECO, Fátima (Coord.). *Dicionário de Valores Europeus*. Lisboa: Petrony, 2025.

BARATA, Mário Simões, & ALVES, Dora Resende. Crise nas democracias europeias: Que risco para o Estado de Direito? In MONTEIRO, Susana Sardinha, CEBOLA, Cátia Marques & Lucas, Eugénio (Coords.). A União Europeia em tempos de crise: Direitos e políticas públicas de 2020 a 2023. Coimbra: Almedina, 2023.

BARATA, Mário Simões & Alves, Dora Resende. Democracia e Estado de Direito na União Europeia: O papel do TJUE. In MONTEIRO, S. S., CEBOLA, C. M., VEIGA, F. S. (Coords), [Atas de conferência] Direitos Humanos, Cidadania Global e Desenvolvimento Sustentável. Iberojur, 2022, pp. 410-420). Disponível em: http://hdl.handle.net/11328/5096

BARATA, Mário Simões. Estado de Direito. In BALTAZAR, Isabel e PACHECO, Fátima (Coord.). Dicionário de Valores Europeus. Lisboa: Petrony, 2025, pp. 278-283. ISBN 978-972-685-347-3.

BRANDÃO, Ana Paula, COUTINHO, Francisco Pereira, ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo, CAMISÃO, Isabel. *Enciclopédia da União Europeia*. Lisboa: Petrony, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito Situação na União Europeia*. Documento COM(2024) 800 final de 24.07.2024. Em https://commission.europa.eu/document/download/27db4143-58b4-4b61-a021-a215940e19d0_pt?filename=COM_2024_800_1_PT_ACT_part1_v1.pdf

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Banco Central Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões *Painel de Avaliação da Justiça na UE 2024*. Documento COM(2024) 950 final de 11.06.2024. Em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52024DC0950&qid=1726580769028

COMISSÃO EUROPEIA. Decisão da Comissão, de 13 de Dezembro de 2006. Jornal Oficial da União Europeia L 354. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2006-12-14, pp. 56-57. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dec/2006/928/oj

COMISSÃO EUROPEIA. "Diálogos nacionais sobre o Estado de direito". Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/annual-rule-law-cycle/national-rule-law-dialogues_en

COMISSÃO EUROPEIA. "Semestre Europeu". Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/european-semester_pt

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer C/2025/1184 - Avaliação dos relatórios anuais da Comissão Europeia sobre o Estado de Direito na União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia C C/2025/1184. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2025-03-21, § 1.7. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/C/2025/1184/oj

CONSELHO EUROPEU & CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. "Porque é que o Estado de direto é importante?" Bruxelas: Conselho Europeu, 2024. Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/rule-of-law-why-it-matters/

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão de Execução (UE) 2022/2506 do Conselho de 15 de dezembro de 2022 relativa a medidas para

a proteção do orçamento da União contra violações dos princípios do Estado de Direito na Hungria. Jornal Oficial da União Europeia L 325. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2022-12-20, pp. 94-109. Disponível em: http://data.europa.eu/eli/dec_impl/2022/2506/oj

CONZELMANN, Thomas. Peer Reviewing the Rule of Law? A New Mechanism to Safeguard EU Values. *European Papers*. University of Rome "La Sapienza", 2022, vol. 7. Disponível em: https://www.europeanpapers.eu/e-journal/peer-reviewing-rule-law-new-mechanism-safeguard-eu-values

DUARTE, Maria Luísa, GIL, Ana Rita & FREITAS, Tiago Fidalgo. *Direitos Humanos e Estado de Direito - Proteção no Quadro Europeu e Internacional*. AAFDL, 2022.

DUARTE, Rita Sineiro Andrade Aroso. *A crise do Estado de Direito na União Europeia e o papel do TJUE*. Coimbra: Almedina, 2022.

EURONEWS. "Bruxelas vai encerrar processo por violação do Estado de direito aberto à Polónia. 2024. Disponível em: https://pt.euronews.com/my-europe/2024/05/06/bruxelas-vai-encerrar-procedimento-por-violacao-do-estado-de-direito-aberto-a-polonia

EUROPEAN COMISSION. Rule of Law: Commission formally closes the Cooperation and Verification Mechanism for Bulgaria and Romania. Bruxelas: Comissão Europeia, 2023. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_23_4456

GÁLVEZ GALISTEO, Juan. 7 years of the "Portuguese Judges" judgment – understanding where we come from so we know where we are going. *Blog UNIO Law*. Universidade do Minho, 2025. Disponível em: https://officialblogofunio.com/2025/03/15/7-years-of-the-portuguese-judges-judgment-understanding-where-we-come-from-so-we-know-where-we-are-going/

MARTINS DE MATOS, Gonçalo. This is How Liberty Dies? Reflections on Legal Checks and Balances through the Main Political Theme of the "Star Wars" Prequel Trilogy, in Light of the Worryingly Global Illiberal Drift. JusGov Research Paper. 2024, n.º 11. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5044063

NUNES, Renata L. F. Ação por incumprimento enquanto instrumento de defesa do Estado de Direito na Polónia. Dissertação de Mestrado. Porto: Universidade Portucalense, 2024. Disponível em:

https://repositorio.upt.pt/entities/publication/a4671450-9bef-4919-812e-396f9aa84dd2

PACHECO, Fátima, ALVES, Dora Resende. O TJUE enquanto guardião do estado de Direito: reine a justiça e pereçam os que a ameaçam [abstract]. In HENRIQUES, M. R., CASTILHOS, D. S., FIGUEIREDO, I. V. & FIGUEIREDO, P. V. (Eds.). *Atas do Congresso Internacional sobre Democracia e Justiça no Século XXI* (JUST2021), pp. 183-183. Coimbra; São Paulo: JUS.XXI,. doi (ebook): http://doi.org/10.51389/ZRAD3055. Disponível em: http://hdl.handle.net/11328/3968 ISBN: 978-989-54998-4-7.

PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2020. Jornal Oficial da União Europeia L 433I. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2020-12-22. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32020R2092

PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2021/947 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de junho de 2021. Jornal Oficial da União Europeia L 209. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2021-06-14. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32021R0947

PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2020 relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União. Jornal Oficial da União Europeia L 433I. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2020-12-22. Em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=uriserv:OJ.LI.2020.433.01.0001.01.POR

PECH, Laurent, The Rule of Law as a Well Established and Well Defned Principle of EU Law. *Hague Journal on the Rule of Law*. 2022, n.º 14, pp. 107–138.

SKORA; Maria, *How to Improve the EU's Rule of Law Toolbox*, Brussels: FES Policy Paper, 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal 23 de Abril de 1986, *Partido Ecologista "Les Verts" contra Parlamento Europeu*, C-294/83. Disponível em:

https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92818&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15560785

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 16 de fevereiro de 2022, Hungria contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0156

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 16 de fevereiro de 2022, República da Polónia contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia., C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0157

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 5 de junho de 2023, Comissão Europeia contra República da Polónia, C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442, Coletânea da Jurisprudência — Coletânea Geral. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0204

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa do Tribunal de Justiça n.º 7/25 de 27 de janeiro de 2025, em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-01/cp250007pt.pdf

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicado de Imprensa do Tribunal de Justiça n.º 15/25 de 10 de fevereiro de 2025, em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-02/cp250015pt.pdf

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Despacho do Tribunal Geral de 3 de fevereiro de 2025, Asociaţia Iniţiativa pentru Justiţie/Comissão, T-1126/23, ECLI:EU:T:2025:138. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=295061&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=15606350

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Estatísticas judiciárias do Tribunal de Justiça – 2024*. Luxemburgo: Tribunal de Justiça da União Europeia, 2025. Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2025-03/ra_en_statistiques_24_-_cour.pdf

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. "Proteger o Estado de Direito na União Europeia". Disponível em: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/ ou https://www.youtube.com/watch?v=SfgWVPxJBe0&t=5s [consult. 19-out-2025].

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Relatório anual 2023 – Panorama do ano*. Luxemburgo: Tribunal de Justiça da União Europeia, 2024, p. 65. Disponível em: https://curia.europa.eu/panorama/2023/pt/

UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia C 202. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016-06-07. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia C 326. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2012-10-26. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012P/TXT

A EDUCAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR COMO PILAR PARA O FUTURO DO TRABALHO - REFLEXÃO JURÍDICA

Higher education as a pillar for the future of work - legal reflection

Elisabete Santos[1]

Instituto Politécnico de Leiria

DOI: https://doi.org//10.62140/ES563884385

Sumário: 1.Introdução; 2.Os instrumentos normativos no âmbito da Educação; 3. Inovação na Educação Superior; 4.Inclusão na Educação Superior; 5.Educação no Ensino Superior e o Mercado de Trabalho: Reflexões Jurídicas; 6. Notas conclusivas

Resumo: Este artigo aborda a importância da inovação e da inclusão no ensino superior, destacando como essas duas dimensões podem transformar o ambiente académico e promover uma formação mais equitativa e de qualidade. A pertinência do estudo impõe-se, pela ampla e diversificada reflexão sobre a situação do ensino, das estratégias e métodos adotados, e a interligação com os professores como elemento fundamental na relação ensino e aprendizagem. Por outro lado, o estudo analisa os aspectos jurídicos dessa relação, explorando os princípios constitucionais, legislação aplicável e iniciativas políticas que visam promover uma educação mais alinhada com as necessidades do mercado. Através de uma revisão da literatura, discutem-se, ainda, as implicações do ensino no desempenho dos futuros trabalhadores e a necessidade de se criarem ambientes inclusivos, enfatizando a inclusão nas escolas. A análise é fundamentada em referências bibliográficas que discutem as práticas pedagógicas inovadoras e a necessidade de inclusão de grupos mais vulneráveis.

Palavras-chave: Inovação; ensino; inclusão; ambiente; metodologia.

Abstract: This article addresses the importance of innovation and inclusion in higher education, highlighting how these two dimensions can

[1] Doutorada em Ciências Jurídicas ou Privatistas, Professora Adjunta, Escola Superior Tecnologia e Gestão, Instituto Politécnico de Leiria, Portugal, afiliada ao IJP, Polo de Leiria, ESTG/PL, link. ORCID: https:/ orcid.org/0000-0003-2665-6422. E-mail: elisabete.santos@ipleiria.pt

transform the academic environment and promote more equitable and quality training. The study is relevant because of its wide-ranging and diverse reflection on the teaching situation, the strategies and methods adopted, and the interconnection with teachers as a fundamental element in the teaching and learning relationship. On the other hand, the study analyses the legal aspects of this relationship, exploring constitutional principles, applicable legislation and political initiatives aimed at promoting education that is more in line with market needs. A literature review also discusses the implications of education for the performance of future workers and the need to create inclusive environments, emphasising inclusion in schools. The analysis is based on bibliographical references that discuss innovative pedagogical practices and the need to include the most vulnerable groups.

Keywords: Innovation; teaching; inclusion; environment; methodology.

1. Introdução

A abordagem ao tema educação e ensino exige de nós, enquanto professores, uma permanente reflexão e discussão. Este artigo pretende explorar, sem esgotar o tema, como é que a inovação e a inclusão podem ser integradas no ensino superior, contribuindo para a formação de profissionais mais preparados e conscientes das suas responsabilidades sociais. O direito à educação é reconhecido legalmente, a todos os cidadãos sem qualquer discriminação. Segundo Jorge Miranda, a educação visa " a apreensão e transmissão não apenas de conhecimento mas também de valores, de símbolos, de interesses e de formas de agir"; "a educação que assenta na família", é definida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo 16º, n.º 3) como um "elemento natural e fundamental da sociedade"; e, pela "Constituição da República Portuguesa, 1976" (CRP) um "elemento fundamental da sociedade" (art. 67º, n.º 1)[2]. No entanto, para que essa educação seja verdadeiramente eficaz, é fundamental que ela incorpore práticas inovadoras e promova a inclusão de todos os segmentos da sociedade. Revisitando o nosso passado, é notório que a pedagogia centrava a sua atenção

[2] MIRANDA, Jorge. "Introdução Ao Direito Da Educação: Direito Português e Direito Brasileiro", in: Revista eletrónica de direito, Vol 1, n.º 2, 2014, pp.3-4. ISSN 2183-184x.

numa aprendizagem concentrado no professor e nos manuais, cujo objetivo limitava-se a transmitir conceitos teóricos, aliados ao desenvolvimento das capacidades de *saber ler, escrever e calcular*[3]. O ensino superior desempenha um papel fundamental no desenvolvimento social e crescimento económico de um país. Contudo, hoje, o estudante deve ter um papel mais ativo e construtivo no processo de aprendizagem, no sentido de favorecer a sua autonomia e capacidade de iniciativa, fomentando o seu pensamento critico e reflexivo, preparando-o para a sua vida ativa. A sociedade evolui a uma velocidade sem precedentes, pelo que o sistema educativo e as escolas devem ser capazes de se adaptarem e de responder aos desafios futuros dos atuais estudantes. Segundo Armindo Frias e Pedro Água[4], "A academia não pode permanecer cristalizada, agarrada a conteúdos e metodologias que não permitem obter as competências de que os estudantes irão necessitar no futuro". Destaque-se a intervenção da OCDE, designadamente, na adoção de um novo conceito assente na definição de novas competências e o futuro da Educação até 2030 (Bússola de aprendizagem)[5]. Segundo Andreas Schleicher[6], o objetivo da educação,

> " já não é ensinar aos estudantes algo específico; é mais importante ensiná-los a desenvolver uma bússola e ferramentas de navegação confiáveis para que eles possam

[3] SANTOS, Elisabete, "Influencia do 25 de abril na conquista do direito à educação e à escola pública", in: 50 anos do 25 de abril e as suas múltiplas refrações no mundo jurídico-político, Coord. Eugénio Lucas, Mário Barata, Susana Almeida, Coimbra: Almedina, 2024, p.117.

[4] Cf. FRIAS, Armindo e ÁGUA, Pedro, " Repensar a Educação no setor marítimo-portuário atendendo aos desafios dos profissionais do amanhã", in: Revista Portuguesa de Investigação Educacional, n.º28, 2024, pp.1-20. Disponível em: https://doi.org/10.34632/investigacaoeducacional.2024.16366 (consultado a 04.02.2025)

[5] OCDE, Future of education and skills 2030/Futuro da Educação e Competências 2030, criado em 2015 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Economico, no qual pretendem criar uma estrutura conceptual comum nível mundial, intervindo no estudo e reflexão conjunta vários Estados-Membros, escolas, professores e estudantes. Cf. OCDE, Future of education and skills 2030, learning compass 2030. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/about/projects/edu/education-2040/1-1-learning-compass/OECD_Learning_Compass_2030_Concept_Note_Series.pdf. (Consultado em 04.02.2025).

[6] Diretor da Direção de Educação e Competências da OCDE, in: Presentation at the Forum on Transforming Education, Global Peace Convention, 2029.

> encontrar o próprio caminho num mundo cada vez mais complexo, volátil e incerto. A nossa imaginação, consciência, conhecimento, competência e, o mais importante, os nossos valores comuns, maturidade intelectual e moral e sentido de responsabilidade são o que nos guiará para o mundo se tornar um lugar melhor".

Urge, assim refletir, sobre os significativos desafios que se apresentam ao ensino na atualidade, olhando o futuro próximo. Segundo Pereira[7], as organizações vêm-se confrontadas com as "dificuldades, em identificar no mercado de trabalho profissionais com competências suficientes às suas necessidades, pressionando as instituições de ensino superior para que formem estudantes com competências que se ajustem à realidade atual". Ora, se, por um lado, o "processo de Bolonha"[8] veio prefigurar um plano de estudos que dá mais poder interventivo ao estudante, conferindo-lhe a oportunidade para pensar no seu currículo, permitindo-lhe a construção de uma parte do seu plano de estudos mediante a seleção de unidades curriculares optativas, por outro, reconhece-se que essa faculdade poderá oferecer alguns problemas significativos às escolas, como por exemplo, ao nível dos serviços académicos, na constituição do serviço docente ou das turmas. Importa, assim, indagar como podem as instituições colmatar essas falhas. Sabemos que ensino está envolto numa mudança "silenciosa" com a introdução gradual de novas ferramentas de inteligência artificial nalguns programas educativos[9], mas trará esta mudança alterações na forma de ensinar, aprender e avaliar?. Que competências devem os estudantes obter para poderem prosperar no mercado de trabalho? O que precisam compreender para que possam estar preparados para interagir com outros e tomarem decisões em prol do desenvolvimento sustentável, contribuindo

[7] PEREIRA, Isabel, RODRIGUES, Carina, COSTA, Sando, FRANCISCO, Manuela, MINEIRO, Joana, PEDRO, Sónia, MAXIMIANO, Catarina & ESPERANÇA, Cláudia (2019). "Estratégias de *active learning* para uma aula ativa", in: Revista Interações, 15 (52), 2019, pp. 19, 52-65.

[8] Surge com a "Declaração de Sorbonne", 1998, reforçada em 1999 com a "Declaração de Bolonha", a qual proclama que se crie um Espaço Europeu de Ensino Superior coeso, harmónico e atrativo num período de dez anos.

[9] Facto a que os estudantes e os professores tiveram que se adaptar rapidamente, bastará recordar o período de pandemia.

para uma sociedade verdadeiramente mais justa e inclusiva? Sublinha-se, neste campo, que a evolução do ensino e a adequação dos programas de ensino às reais necessidades do mercado, exigirá uma ação conjunta entre todos os agentes sociais e políticos, pois só assim, será possível traçar politicas públicas que ajustem o sistema educativo de ensino ao mercado e às gerações futuras.

2. Os instrumentos normativos no âmbito da Educação

A UNESCO promoveu em 1992, um conjunto de ações no domínio da educação que contribuíram para mudar a mentalidade, os comportamentos e as atitudes de todas as pessoas a nível mundial[10]. No âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos, previa em 1948, no artigo 26º que "todos têm direito à educação", tendo sido o ponto de partida para o "nascimento" de um conjunto de instrumentos normativos elaborados pelas Nações Unidas, *inter alia*, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (artigo 13º); a Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 28º); a Convenção da UNESCO contra a Discriminação na Educação, 1960 (artigo V). Retomando o compasso evolutivo, em Portugal, a educação como direito humano fundamental universal, é uma conquista do 25 de abril de 1974, tendo sido consagrado na nossa CRP, de 1976 (CRP)[11]. A CRP propulsa o pilar da Educação, num conjunto de articulados centrados no direito que é reconhecido a todos os cidadãos: "direito à Liberdade de aprender e ensinar", plasmado no artigo 43º no titulo dos "direitos, liberdades e garantias". Por outro lado, no capítulo IV ("Direitos e deveres culturais") do título III da I parte, os artigos 73º a 77º aludem aos deveres do Estado nesse campo. A CRP, configura, ainda, outros direitos e deveres, no campo da educação, centrados no artigo 41º (liberdade religiosa); no artigo 64º (à

[10] PIMENTEL, Gabriel Sousa Rêgo. "O Brasil e o desafio da educação e dos educadores na Agenda 2030 da ONU.", in: Revista Nova Paideia -Revista Interdisciplinar em Educação e Pesquisa Brasília/DF,v. 1, n.º3, Núm. Esp., 2019, pp.22-33.

[11] ABRANTES, Pedro, "A educação em Portugal: princípios e fundamentos constitucionais", in Sociologia e problemas e práticas, 2016, pp. 23-32. ISSN: 2182-7907. ISSN: 2182-7907.

saúde); no artigo 66º (ambiente); artigo 67º (parentalidade); artigo 70º (à juventude) e no que se refere às competências da Assembleia da Republica na definição das bases de ensino (artigo 164º). A educação, para além de constituir um direito humano fundamental, é igualmente um pré-requisito para se atingir o desenvolvimento sustentável e um instrumento essencial à boa governação, bem como, à tomada de decisão informada e à promoção da democracia. Ora, a educação, não obstante ser reconhecida com um direito de todos os cidadãos, é um dever do Estado, pois tem que ser promovida respeitando os princípios democráticos à luz do artigo 73º. No sentido de assegurar a promoção do sistema educativo impõe-se ao Estado para a sua concretização a criação de escolas e a definição de programas de educação e formação destinados a todos os cidadãos, mormente os que integram os grupos de cidadãos, mais vulneráveis[12]. Por outro lado, é essencial que o Estado crie uma educação inclusiva, orientada para a democracia, preocupada com o desenvolvimento da personalidade dos cidadãos. A educação tem que contribuir notoriamente para que os estudantes possam aceder a um emprego compatível com os seus níveis de conhecimento. Mas, também que minimize as desigualdades económicas, sociais e culturais, fomentando a igualdade de oportunidades no acesso ao emprego e valorização profissional. Para tanto, e nos termos consagrados no artigo 74º compete ao Estado traçar as politicas públicas globais no que respeita ao sistema educativo universal, considerando programas de educação inclusiva destinados aos cidadãos mais vulneráveis, designadamente, pessoas com deficiência, imigrantes ou emigrantes[13]. Sublinhe-se, neste contexto, a Declaração sobre Educação para o Desenvolvimento Sustentável (EDS), que estabeleceu as bases para a elaboração de uma proposta de Estratégia neste domínio, proclamada em

[12] Assinale-se como fatores preponderantes para motivar e ensinar os estudantes, a adequação dos programas curriculares à futura vida profissional e a metodologia de ensino implementada, reservando-se um papel fundamental ao professor, neste campo.

[13] De notar que o dia 24 de janeiro que foi comemorado pela primeira vez em 2019, é proclamado como o Dia Internacional da Educação relevando a importância da educação para a paz e para o desenvolvimento dos países. Em 2025, um dos temas de destaque centrado na "Inteligência Artificial na Educação: Preservar a Agilidade Humana no Mundo Tecnológico" pretende contribuir para um debate global sobre o papel da educação para a capacitação digital dos cidadãos.

2003, no âmbito da Conferência Ministerial Ambiente para a Europa, pelos Ministros do Ambiente dos países que integravam a Comissão Económica para a Europa (CEE) da Organização das Nações Unidas (ONU)[14]. Neste percurso evolutivo, a Agenda 2030, para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) delineia a sua estratégia centrada nos jovens. Neste contexto, o ODS 4 destaca a necessidade de garantir que os estudantes adquiram os conhecimentos e aptidões necessárias para promover o desenvolvimento sustentável. A UE-OSHA debruçou-se sobre este ODS na última década, "A educação para o desenvolvimento sustentável é parte integrante de uma educação de qualidade e um dinamizador essencial de todos os outros" (ODS 4[15]). Por sua vez, a meta 4.7 dos ODS destaca que os estudantes devem adquirir os conhecimentos e aptidões que garantam o desenvolvimento sustentável (*inter alia*, apostando na educação dos direitos humanos, igualdade de género, cidadania global)[16]. Para a União Europeia é necessário dotar as pessoas de um conjunto de aptidões e competências "para manter os atuais níveis de vida, sustentar elevadas taxas de emprego e fomentar a coesão social à luz da sociedade e do mundo do trabalho de amanhã"[17].

[14] *Verbi gratia*, em 2002, aprovou a Resolução 57/254, definindo o período de 2005-2014 como a "Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável", tendo a UNESCO sido reconhecida como a Agência do Sistema das Nações Unidas para dinamizar junto dos Estados-membros, desafiando os países a integrar nas suas práticas educativas a Educação para o Desenvolvimento Sustentável. Consequentemente, a EDS pode contribuir para que a nossa visão se torne realidade, favorecendo uma reflexão critica, uma maior consciencialização e uma autonomia acrescida, permitindo a exploração de novos horizontes e conceitos e o desenvolvimento de novos métodos e instrumentos.

[15] CF. UNIÃO EUROPEIA, Jornal Oficial da União Europeia, 2018, C 189/3. A União Europeia e o Pilar Europeu dos Direitos Sociais estabelecem como princípios o direito a educação, formação e aprendizagem ao longo da vida inclusivas e de qualidade para todos, de forma a adquirir competências para uma participação em sociedade e no mercado de trabalho.

[16] Vide, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, assinala as competências da União, das quais destacamos a necessidade de contribuir para o desenvolvimento de uma educação e formação profissional de qualidade (cf. os artigos 165º e 166º). Parece-nos que o mundo em constante evolução implica que se desenvolva e reforce a capacidade dos indivíduos, dos grupos, das comunidades, das organizações e dos países para que estejam preparados, para a mudança de mentalidades e promoverem soluções justas e equitativas que promovam o desenvolvimento sustentável.

[17] Cf. UNIÃO EUROPEIA. "Competências Essenciais para a Aprendizagem ao Longo da Vida", in: Jornal Oficial da União Europeia 2018, C 189/1. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal- content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2018:189:FULL&from=LV (acesso

3. Inovação na Educação Superior

Face ao exposto, impõe-se indagar como é que a inovação ao nível do ensino superior pode contribuir para uma aprendizagem mais inclusiva. São significativos os desafios que se colocam aos professores para que possam preparar bons profissionais. A inovação na educação superior em Portugal tem se manifestado de diversas maneiras, quer refletindo a necessidade de adaptação às novas exigências do mercado de trabalho, bem como, às transformações sociais. A evolução tecnológica no mercado de trabalho, veio impor a necessidade de adaptar o ensino às exigências do mercado de trabalho e às constantes alterações sociais. É consabido que muitas profissões vão desaparecer e outras terão que se adaptar às características e desafios dos novos tempos. Para colmatar estes desafios exige-se que o ensino superior inove, e que implemente novas metodologias, tecnologias e abordagens pedagógicas que visem melhorar a aprendizagem do estudo. A educação deve evoluir para atender à evolução e globalização do mercado num mundo em constante mudança, e fomente e desenvolva as competências pessoais e sociais, aliadas às competências técnicas, utilizando ferramentas digitais e metodologias ativas que incentivem à participação dos estudantes. Um exemplo de inovação é a utilização de ambientes virtuais de aprendizagem, que permitem a personalização do ensino e o acesso a recursos educacionais diversificados[18]. Na verdade, no ensino superior, a formação tradicional tem-se concentrado predominantemente nas *hard skills*, preparando os estudantes para tarefas técnicas específicas. No entanto, a crescente complexidade do mercado de trabalho exige que os futuros diplomados obtenham um conjunto robusto de *soft skills*[19]. Para que o estudante esteja preparado para os desafios

03.02.2025); A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, prevê no artigo 14º sob a epigrafe "Direito à educação", «que todos têm direito à educação». A doutrina portuguesa, que valoriza a tradição académica e a formação integral do estudante, pode ser um alicerce importante para essa inovação.

[18] A título de exemplo, a metodologia de aprendizagem baseada em projetos (*Project-Bases Learning*) que exige uma participação ativa entre todos os intervenientes.

[19] RODRIGUES, Rosa Isabel, SANTOS, Joana Melo, GOMES, Catarina. "Relação entre as soft skills e o desenvolvimento de carreira: o efeito moderador das expetativas de carreira entre estudantes de gestão de recursos humanos", in: Ciências Politicas Públicas, Revista Public Sciences & Policies, Vol III, n.º 2, 2017, pp.37-63. Disponível em: file:///C:/Users/elisa/Downloads/2.+CPP_V3N2_2.pdf (Acesso 10.02.2025).

futuros, é necessário cultivar competências centradas na comunicação, no trabalho de equipa, no pensamento crítico, criatividade e colaboração, e na resolução e análise de problemas-chave[20]. Por outro lado, as instituições de ensino devem privilegiar as *soft skills* nas suas estratégias educacionais, integrando-as nos seus currículos, e promovendo metodologias ativas e experiências práticas que incentivem a interação e a colaboração entre os estudantes. E, ainda, além do conhecimento técnico, as *soft skills* são fundamentais para o sucesso profissional e pessoal dos futuros diplomados, pois preparam-nos para os desafios do mercado de trabalho contemporâneo e futuro. Urge, hodiernamente, pensar nas relações jurídico-laborais, aliadas a uma globalização de mercados, que implicam novas formas de encarar o trabalho, que exige novas qualificações, novas competências para que se mudem mentalidades. Segundo Petit[21], "A educação deve ser valorizada para conferir uma maior autonomia e mais escolhas aos indivíduos e proporcionar às economias um capital de conhecimento que é diretamente utilizado numa relação mais próxima entre a ciência e a indústria". As novas vivências e as novas relações que se geram, aliadas à evolução tecnológica e digital, implicam acrescidos desafios, exigindo cada vez mais, um conjunto considerável de novas competências sociais e humanas nucleares (*soft skills*), para além das competências técnicas e específicas resultantes de um conhecimento teorizado (*hard skills*), o que vai implicar olharmos o ensino e o modo de aprendizagem dos nossos estudantes de outra forma. O que interessa é, pois, saber se o ensino superior estará adaptado a esta nova realidade. Urge, dizer, que não bastará resolver situações concretas, será essencial que o estudante aprenda, a solucionar, propondo as decisões mais justas, bem como, saiba interagir em equipa, apresentando as decisões numa dimensão individual ou coletiva. A

[20] Nesse sentido, podemos dar, como exemplo, as metodologias ativas que introduzem nas unidades curriculares o *Problem-based Learning* (PBL), no qual se promove uma aprendizagem ativa centrada nos estudantes, confrontando-os com problemas reais. Os estudantes são estimulados para refletirem sobre alguns problemas, investigando de forma autónoma e multidisciplinar, e encontrar as respostas para os mesmos, onde o professor surge como um elemento facilitador, um guia nas suas tarefas.

[21] PETIT, Pascoal, Mudança Tecnológica Numa Europa Plural: Questões-Chave Relacionadas com o Emprego, Instituto para a Qualidade na Formação, Lisboa: IQF, nov.2005.

falta dessas competências interpessoais pode implicar para os futuros diplomas uma maior dificuldade de integração no mercado de trabalho, onde a colaboração e a adaptabilidade são cada vez mais valorizadas. Nesse contexto, é crucial que a inovação no ensino superior, se adapte rapidamente, para atender às necessidades do mercado de trabalho e dos futuros profissionais. As ferramentas digitais chegaram para ficar! Permitem que os estudantes acedam a um conjunto de informações, a recursos educacionais, realizar reuniões de grupo ou aulas abertas online e interativas. Isso pode incluir a implementação de novas tecnologias, metodologias de ensino ativas de ensino, mais interativas e práticas, incluindo o recurso a tecnologias digitais, como plataformas de *e-learning* e ferramentas colaborativas, que facilitem o acesso ao conhecimento e a interação entre estudantes e professores[22]. E, por outro, incentivem à participação e envolvimento do estudante para que se promova um ensino mais dinâmico, de qualidade e inclusivo, para se preparem futuros profissionais, mais resilientes e que saibam fazer face às adversidades de um mundo laboral cada vez mais diversificado e complexo, onde as questões sociais, económicas e ambientais estão interligadas. Assim, inovar ao nível de ensino superior, impõe a aplicação de metodologias ativas, a valorização da pesquisa e uma abordagem interdisciplinar, bem como, realizar parcerias com organizações públicas ou privadas, perpassando da teoria para a prática, proporcionando estágios integrados, ou a possibilidade de desenvolverem projetos em contexto real, no sentido de proporcionar ao estudante a possibilidade de resolverem problemas e desafios reais. Mas uma abordagem desta natureza para ter sucesso, impõe que os professores estejam preparados para a implementação dessas novas metodologias, ao nível da formação contínua, e que as instituições de ensino superior disponibilizem ferramentas digitais de forma gratuita.

[22] O objetivo é criar um ambiente ativo que prepare os estudantes para os desafios do futuro, promovendo não apenas o conhecimento teórico, mas também competências práticas e essenciais. A inclusão de uma abordagem interdisciplinar nos currículos pode enriquecer a formação dos estudantes, permitindo que eles desenvolvam uma visão mais ampla e integrada dos problemas e soluções.

4. Inclusão no Ensino Superior

Falar em inovação, leva-nos necessariamente para outro tema, "a inclusão". Ora, a inclusão no ensino superior é um aspeto crucial para garantir que todos os indivíduos, independentemente de sua origem socioeconómica, raça, género ou deficiência, tenham acesso a uma educação de qualidade. De acordo com a UNESCO em 2017, a inclusão reconhecida como um direito humano deve ser uma prioridade nas políticas educacionais. Todos os grupos de cidadãos mais vulneráveis devem ter acesso às oportunidades que a inovação inclusiva possa oferecer, sendo que as práticas e soluções devem atender às suas necessidades. Segundo o relatório da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a inclusão é "fundamental para o desenvolvimento sustentável, pois promove a equidade e a justiça social"[23]. A inclusão no ensino superior é um tema de grande relevância, pois pretende garantir que todos os estudantes, independentemente de suas condições socioeconómicas, culturais ou de competências, tenham acesso "ilimitado" a instituições de ensino superior. A inclusão não se limita apenas ao acesso, mas também envolve a criação de um ambiente que favoreça a aprendizagem e a participação de todos os estudantes. No contexto português, diversas iniciativas e políticas têm sido implementadas para promover a inclusão. A educação para todos, a democratização do acesso ao ensino superior, foi conquistada no período pós-revolução de 1974[24]. Após a Revolução de abril de 1974, a CRP de 1976 passou a consagrar no artigo 71º e 74º o direito à educação para pessoas com deficiência. Posteriormente a Lei de Bases do Sistema Educativo (LBSE)[25] e

[23] UNESCO, Education for Sustainable Development Goals: Learning Objectives. Paris: UNESCO, 2017.

[24] Para um maior desenvolvimento vide, FIGUEIREDO, Mariana., COELHO, Orquídea & VEIGA, Amélia. (2024). "Educação inclusiva no ensino superior português: avanços, desafios e medidas de apoio para estudantes", in: História: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, pp.242-262. Disponível em: https://ojs.letras.up.pt/index.php/historia/article/view/13835 (Acesso 05.02.2025).

[25] Lei n.º 46/86, 14 de outubro.

a Lei n.º 38/2004, 18 de agosto vieram estabelecer o regime jurídico da prevenção da discriminação em razão da deficiência. As medidas de apoio à inclusão de estudantes em instituições de ensino superior começaram a ser introduzidas com a LBSE, passando a integrar a educação especial como uma modalidade de ensino. A LBSE passou a consagrar o "direito de acesso ao ensino superior a todos os cidadãos", fomentando e cultivando a disseminação do conhecimento em diferentes áreas de conhecimento e incentivando a investigação científica. A partir da década de 1990, foram introduzidas diversas politicas públicas inovadoras na área da educação inclusiva[26].

[26] A titulo exemplificativo, em 1971 foi criada a Associação Portuguesa para a Proteção de Crianças Autistas. Continuando hoje a sua caminhada com várias APPDA em todo o território nacional e ilhas, designadamente a APPDA-Leiria. Delineando de forma sumária o percurso ciclópico do ensino especial em Portugal, em 1971 foi publicada a Lei 6/71, de novembro, Lei de Bases da Reabilitação e Integração de Deficientes, posteriormente em 1973, foi criada com a reforma de Veiga Simão, a Divisão de Ensino Especial dentro do Ministério da Educação, começando a dar-se algum reconhecimento e apoio ao ensino especial. Em 1975, o ensino era assegurado em escola regular por professor itinerantes, tendo sido criadas equipas de ensino especial em 1976, para acompanhamento de estudantes deficientes em turmas regulares. Com o objetivo de democratizar o enino, surgem por essa época as CERCI´s e outras instituições de apoio à deficiência. Cf. AFONSO, José António; AFONSO, José António Martin Moreno "A educação especial em Portugal. Uma memória do movimento associativo dos pais de cidadãos deficientes: as Cooperativas de Educação e Reabilitação (CERCIS)", in: Educar, Curitiba: Editora UFPR, n.º25, pp.257-274, 2005.Disponível em: www.scielo.br/j/er/a/bmH6cYxkQRCZ8gkWck9n8Hr/?format=pdf&lang=pt (Acesso 05.02.2025). Por outro lado, e nos anos seguintes, assistiu-se além de terem sido reconhecidos alguns direitos especiais no acesso ao ensino (matricula e avaliação) aos estudantes com deficiência (Decreto-lei 174/77, de 2 de maio) foi-lhes reconhecido a integração no ensino regular (Decreto-Lei 319/91, de 23 de agosto). Destaca-se ainda a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 1990 e a Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994) que veio proclamar a necessidades de serem defendidos os princípios da "Educação Inclusiva". Neste compasso evolutivo, a introdução do Decreto-Lei n.º 3/2008, de 7 de janeiro (alterado em 12 de maio 2008, pela Lei 21/2008) veio finalmente reformular toda a politica de educação especial em Portugal, passando a reconhecer aos estudantes com autismo o direito a serem acompanhados nas escolas, no ensino regular. Neste contexto, as respostas educativas a estudantes com Perturbação do Espetro do Autismo, através do ensino estruturado em modelo TEACCH é utilizado em escolas de ensino regular a partir de 1996. Por fim, o Decreto-Lei 54/2018, de 6 de julho veio revogar o Decreto- Lei 3/2008, de 7 de janeiro que veio estabelecer os princípios e as normas para garantirem a inclusão desses estudantes, partindo da perceção que todos os estudantes têm por regra potencial de aprendizagem, desde que recebem o apoio adequando, aumentando da participação nos processos de aprendizagem e na vida da comunidade académica.
Ora, numa análise perfuntória do referido diploma, e do conhecimento concreto da situação em análise, se o diploma tinha como objetivo garantir um direito efetivo a todos estudantes com deficiência, construindo uma verdadeira escola inclusiva, podemos afirmar que que tal objetivo não foi conseguido!. É consabido, que as escolas continuam a não ter os recursos necessários para desenvolver uma politica educativa inclusiva e equitativa. Para além de que os recursos humanos são insuficientes, passando pelos assistentes operacionais, professores de educação especial, professores titulares, tutores, em numero insuficiente ou impreparados por falta de uma

Neste contexto, as instituições de ensino superior têm desenvolvido programas de apoio, como serviços de orientação e acompanhamento psicológico, adaptações curriculares e acessibilidade física, para atender às necessidades de todos os estudantes. A formação de professores e a sensibilização da comunidade académica também são fundamentais para promover uma cultura inclusiva. Destaca-se, ainda, o Balcão IncluiES, integrado no programa "Inclusão para o Conhecimento"[27] que concentra um conjunto de informações destinada aos estudantes de ensino superior, sobre os vários apoios disponíveis em caso de deficiência, *verbi gratia,* o acesso a obras em braile, acessibilidade a salas de aulas, ou a condições especiais para a realização dos vários momentos de avaliação pedagógica, medidas que pretendem valorizar a diversidade e promover uma cultura inclusiva e acesso a um sistema de ensino mais democratizado. Neste compasso evolutivo, destaque-se o papel da Direção-Geral do Ensino Superior para o aumento da equidade e inclusão no ensino superior, e a articulação com vários agentes sociais no sentido de se identificar as principais dificuldades e as estratégias a desenvolver para garantir um melhor acesso ao ensino superior dos estudantes deficientes e socioeconomicamente desfavorecidos. Nesse contexto, sublinhe-se o projeto "Tornar o Ensino Superior mais inclusivo em Portugal (2023-2025), aprovado em 2023, no âmbito do Instrumento de Assistência Técnica (TSI), iniciativa da Comissão Europeia – DG REFORM[28]. Contudo, apesar de se reconhecer alguns apoios aos estudantes de ensino superior, reconhece-se que o percurso é ainda longo, e que os desafios continuam a ser significativos. É, essencial reduzir a desigualdade económica e social que pode afetar o percurso educativo de alguns estudantes em situação mais vulnerável,

formação adequada, para um acompanhamento diário em todo o espaço escola e na vida da comunidade escolar. O que impede que esses estudantes tenham acesso a um apoio direto nas atividades de sala ou nas atividades escolares externas. Por outro lado, a falta de técnicos e terapeutas em numero suficiente, leva muitas vezes a situação de desigualdade social, obrigando alguns representantes a terem que recorrer a ajuda externa paga, impedindo o acesso a famílias mais carenciadas.

[27] Criado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

28 Foi atribuída pela UE, através do Instrumento de Apoio Técnico e implementado peoa OCDE em colaboração com a Comissão Europeia – DG REFORM, para o período de 2023-2025, uma verba de 600 mil euros para financiamento do projeto.

como uma forma de promover a equidade. A ausência de apoios suficientes (ex. a nível psicológico, internet de qualidade e equipamentos eletrónicos) ou a sua distribuição desequilibrada pelas instituições (ex. motivada por procedimentos administrativos morosos, ou a excessiva autonomia e discricionariedade das instituições na atribuição de apoios, por ausência de disposição legislativa especifica), pode ter repercussões negativas nas reais necessidades socioeconómicas e emocionais e, afetar significativamente o percurso educativo dos estudantes, podendo até refletir-se num abandono escolar. As dificuldades sentidas podem ser minimizadas se houver uma articulação permanente entre as instituições de ensino superior, o Estado e as Associações representativas, para a tomada de medidas que garantam de forma equitativa, as mesmas oportunidades no acesso aos meios tecnológicos, a programas de apoio, à internet e a professores capacitados[29]. Além disso, a promoção de uma cultura de inovação nas instituições de ensino superior pode incentivar a criação de soluções que atendam às necessidades dos estudantes em situação mais vulnerável, como a oferta de cursos que considerem as suas especificidades culturais e sociais. Apesar das oportunidades, existem vários desafios que precisam ser ultrapassados, como a falta de competências digitais. Para que as inovações sejam realmente inclusivas, é necessário investir em programas de capacitação que preparem as

[29] Para uma visão mais abrangente sobre os desafios e as práticas de inclusão nas instituições de ensino superior em Portugal, contribuindo para uma melhor compreensão do tema, vide RODRIGUES, David. Educação e Diferença. Valores e Práticas para Uma Educação Inclusiva, Porto: Porto Editora, 2001; SANTOS, Elisabete. "Novas práticas pedagógicas no ensino da unidade da unidade curricular de noções de direito e contratação pública em estabelecimento de ensino superior". Projetos de Inovação Pedagógica, Skills4Future: Innovative Pratices, Leiria: IPL, pp.83-89, 2023. Disponível em: https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/8932/1/Skills4FutureMindfullness.pdf.(Acesso 10.02.2025). A interseção entre inovação e inclusão é um tema cada vez mais relevante no contexto atual, onde a tecnologia e as novas ideias têm o potencial de transformar a sociedade de maneira significativa. A inovação, muitas vezes associada ao desenvolvimento de novas tecnologias e processos, pode ser uma ferramenta poderosa para promover a inclusão social, económica e cultural. A interseção entre inovação e inclusão é um campo fértil para o desenvolvimento de práticas educacionais que atendam às necessidades de todos os alunos. A tecnologia, por exemplo, pode ser uma aliada na promoção da inclusão, oferecendo recursos que facilitem a aprendizagem de estudantes com deficiência.

pessoas para utilizar essas tecnologias de forma eficaz[30]. A falta de políticas públicas que incentivem a inovação inclusiva pode limitar o potencial de transformação social. É fundamental que governos e organizações trabalhem em conjunto para criar um ambiente que favoreça a inclusão[31].

5.Educação no Ensino Superior e o Mercado de Trabalho: Reflexões Jurídicas

Face ao exposto a relação entre a educação no ensino superior e o mercado de trabalho é uma questão central no desenvolvimento económico e social de um país. Em Portugal, a integração de diplomados no mercado de trabalho enfrenta desafios relacionados à desadequação entre as competências adquiridas no ensino superior e as exigências do setor empresarial. A CRP consagra, no seu artigo 74.º, a garantia do direito à educação, promovendo "a realização da igualdade de oportunidades" e o "desenvolvimento integral da personalidade". Simultaneamente, o mercado de trabalho exige profissionais cada vez mais especializados e com competências adaptáveis ao ritmo acelerado da evolução tecnológica. Contudo, estudos revelam uma crescente discrepância entre o nível de qualificação dos diplomados e a absorção desses profissionais no mercado laboral. Em Portugal, o Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior (RJIES), aprovado pela Lei n.º 62/2007, constitui o enquadramento normativo que regula as instituições de ensino superior. Este diploma impõe a necessidade de promoverem cursos ajustados às exigências do mercado e à criação de parcerias entre universidades e o setor empresarial. Ademais, o artigo 13.º do RJIES sublinha que as instituições de ensino superior devem "garantir uma formação especializada e cientificamente sustentada", incumbido ao Estado "Garantir o elevado nível pedagógico,

[30] World Economic Forum. The Future of Jobs Report 2021. Geneva: World Economic Forum, 2021.
[31] World Bank. World Development Report 2021: Data for Better Lives. Washington, DC: World Bank, 2020.

científico, tecnológico e cultural dos estabelecimentos de ensino superior". No entanto, as taxas de desemprego entre os jovens licenciados, frequentemente superiores às de outros grupos, indicam que essa regulação não tem sido suficiente para promover a empregabilidade dos diplomados. Uma das críticas recorrentes ao modelo de ensino superior em Portugal é a sua orientação excessivamente teórica, com fraca ênfase nas competências práticas e nas necessidades concretas das empresas. Em contraste, o mercado de trabalho procura cada vez mais profissionais com formação em áreas tecnológicas, digitalização e sustentabilidade (Alves, 2021, p.67). Neste âmbito, programas como os Estágios Profissionais e os Centros de Competência têm sido implementados para mitigar essa discrepância, promovendo uma articulação direta entre estudantes e empregadores[32]. Apesar dessas iniciativas, a inadequação curricular ainda persiste em diversas áreas do ensino superior[33]. A CRP, além de consagrar o direito à educação, estabelece no artigo 58.º o direito ao trabalho, determinando que o Estado deve garantir condições para o pleno emprego. A articulação desses princípios exige a adoção de medidas políticas que promovam uma maior sintonia entre a formação académica e as exigências do mercado laboral. Entre essas medidas, destaca-se o Plano Nacional para a Juventude (PNJ), que propõe um conjunto de ações voltadas para a empregabilidade jovem e a inovação no ensino superior. O PNJ reflete uma tentativa de operacionalização dos princípios constitucionais através de políticas concretas, ainda que o impacto dessas iniciativas dependa de uma implementação eficaz.

6. Notas Conclusivas

[32] Cf. FRAGOSO, António, Valadas, SANDRA, Paulos, LILIANA, "Estágios enquanto espaços de transição entre o Ensino Superior e o emprego", in: Revista Brasileira orientação profissional, vol 22, n.º 2, periódicos de psicologia, Campinas, jul/dez, 2021, pp. 123-133. ISSN 1984-7270.
[33]Cf. FRAGOSO, António, Valadas, SANDRA, Paulos, LILIANA, Ensino Superior e Empregabilidade: perceções de estudantes e graduadas, empregadores e académicos, in: Educação & Sociedade, Revista Ciências da Educação, Vol. 40, Campinas: Cedes, p. 3, 2019. ISSN: 0101-7330

A educação superior deve ser um espaço de inovação e inclusão, onde todos os estudantes tenham a oportunidade de desenvolver seu potencial. A integração dessas duas dimensões não apenas enriquece o ambiente académico, mas também contribui para a formação de cidadãos mais resilientes e criativos. Sublinha-se a importância de uma abordagem equilibrada das *soft skills* e *hard skills*, que não privilegie apenas a aprendizagem de competências técnicas, mas também desenvolva habilidades interpessoais, integrando no currículo do ensino superior torna-se essencial para preparar os estudantes para os desafios do mercado de trabalho e para uma carreira de sucesso. Mas, também é fundamental que as instituições de ensino superior adotem políticas e práticas que promovam essa inovação e a inclusão, garantindo uma educação de qualidade para todos. A interseção entre inovação e inclusão é um campo promissor, mas repleto de desafios. Para que a inovação cumpra seu papel de promover a inclusão, é necessário um esforço conjunto de governos, empresas e sociedade civil. Investir em educação, infraestrutura e políticas públicas inclusivas é essencial para garantir que os benefícios da inovação sejam acessíveis a todos. Deverá assim, permitir-se que os estudantes possam concretizar a sua vontade de integrar na sua formação a área e conhecimento que possa complementar o seu percurso pedagógico, inserindo as unidades curriculares optativas nos planos de estudo de forma pensada e adaptadas ao mercado de trabalho, e de acordo com os interesses e necessidades dos futuros diplomados. As instituições de ensino superior, para poderem preparar os seus estudantes para um mundo novo, ainda por explorar, têm de estar permanentemente em atualização, aumento o seu nível de conhecimento e dos seus profissionais, o que implica que o ensino não estagne e esteja constantemente em movimento. A integração harmoniosa entre o ensino superior e o mercado de trabalho é garante do desenvolvimento económico e da salvaguarda dos direitos fundamentais em Portugal. Embora haja um esforço normativo e político para promover essa articulação, permanecem desafios relacionados à adequação curricular, à falta de incentivos para parcerias entre universidades e empresas, e à insuficiente valorização das competências práticas. O reforço do diálogo entre os setores

académico e empresarial e a adaptação da legislação vigente constituem passos essenciais para superar essas barreiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

ABRANTES, Pedro, "A educação em Portugal: princípios e fundamentos constitucionais", in Sociologia e problemas e práticas, 2016, pp. 23-32. ISSN: 2182-7907.

AFONSO, José António; AFONSO, José António Martin Moreno "A educação especial em Portugal. Uma memória do movimento associativo dos pais de cidadãos deficientes: as Cooperativas de Educação e Reabilitação (CERCIS)", in: Educar, Curitiba: Editora UFPR, n.º 25, pp. 257-274, 2005. Disponível em: www.scielo.br/j/er/a/bmH6cYxkQRCZ8gkWck9n8Hr/?format=pdf&lang=pt. (Acesso 05.02.2025).

FIGUEIREDO, Mariana., COELHO, Orquídea & VEIGA, Amélia. (2024). "Educação inclusiva no ensino superior português: avanços, desafios e medidas de apoio para estudantes", in: História: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, pp.242-262. Disponível em: https://ojs.letras.up.pt/index.php/historia/article/view/13835 (Acesso 05.02.2025)

FRAGOSO, António, Valadas, SANDRA, Paulos, LILIANA, "Estágios enquanto espaços de transição entre o Ensino Superior e o emprego", in: Revista Brasileira orientação profissional, vol 22, n.º 2, periódicos de psicologia, São Paulo: Abrapc, jul/dez, 2021, pp. 123-133. ISSN 1984-7270.

FRAGOSO, António, Valadas, SANDRA, Paulos, LILIANA. "Ensino Superior e Empregabilidade: perceções de estudantes e graduadas, empregadores e académicos", in: Educação & Sociedade, Revista Ciências da Educação, Vol. 40, Campinas: Cedes, p. 3, 2019. ISSN: 0101-7330

FRIAS, Armindo, ÁGUA, Pedro. "Repensar a Educação no setor marítimo-portuário atendendo aos desafios dos profissionais do amanhã", in Revista Portuguesa de Investigação Educacional, n.º28, 2024, pp.1-20, Disponível em: https://doi.org/10.34632/investigacaoeducacional.2024.16366 (consultado a 04.02.2025)

MIRANDA, Jorge. Introdução Ao Direito Da Educação: Direito Português e Direito Brasileiro, in: Revista eletrónica de direito, Vol 1, n.º 2, 2014, p.3-4. ISSN 2183-184x

OCDE, Future of education and skills 2030, learning compass 2030. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/about/projects/edu/education-2040/1-1-learning-compass/OECD_Learning_Compass_2030_Concept_Note_Series.pdf. (Consultado em 04.02.2025).

PEREIRA, Isabel, RODRIGUES, Carina, COSTA, Sando, FRANCISCO, Manuela, MINEIRO, Joana, PEDRO, Sónia, MAXIMIANO, Catarina & ESPERANÇA, Cláudia (2019). "Estratégias de *active learning* para uma aula ativa", in: Revista Interações, 15, n.º 52, 2019, pp. 19, 52-65.

PETIT, Pascoal, Mudança Tecnológica Numa Europa Plural: Questões-Chave Relacionadas com o Emprego, Instituto para a Qualidade na Formação, Lisboa: IQF, nov.2005.

PIMENTEL, Gabriel Sousa Rêgo. "O Brasil e o desafio da educação e dos educadores na Agenda 2030 da ONU.", in: Revista Nova Paideia -Revista Interdisciplinar em Educação e Pesquisa Brasília/DF,v. 1, n.º3, Núm. Esp., 2019, pp.22-33.

RODRIGUES, David. Educação e Diferença. Valores e Práticas para Uma Educação Inclusiva, Porto: Porto Editora, 2001.

RODRIGUES, Rosa Isabel, SANTOS, Joana Melo, GOMES, Catarina. "Relação entre as soft skills e o desenvolvimento de carreira: o efeito moderador das expetativas de carreira entre estudantes de gestão de recursos humanos", in: Ciências Politicas Públicas, Revista Public Sciences & Policies, vol III, n.º 2, 2017, pp.37-63. Disponível em: file:///C:/Users/elisa/Downloads/2.+CPP_V3N2_2.pdf (Acesso 10.02.2025).

SANTOS, Elisabete. "Influencia do 25 de abril na conquista do direito à educação e à escola pública", in: 50 anos do 25 de abril e as suas múltiplas refrações no mundo jurídico-político, Coord. Eugénio Lucas, Mário Barata, Susana Almeida, Coimbra: Almedina, 2024, p.117.

SANTOS, Elisabete. "Novas práticas pedagógicas no ensino da unidade da unidade curricular de noções de direito e contratação pública em estabelecimento de ensino superior", in: Projetos de Inovação Pedagógica, Skills4Future: Innovative Pratices, Leiria: IPL, p.83-89, 2023. Disponível em: https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/8932/1/Skills4FutureMindfullness.pdf.(Acesso 10.02.2025).

UNESCO. Education for Sustainable Development Goals: Learning Objectives. Paris: UNESCO, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. "Competências Essenciais para a Aprendizagem ao Longo da Vida", in: Jornal Oficial da União Europeia 2018, C 189/1. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2018:189:FULL&from=LV (acesso 03.02.2025).

WORLD ECONOMIC FORUM. The Future of Jobs Report 2021. Geneva: World Economic Forum, 2021.

WORLD BANK. WORLD. Development Report 2021: Data for Better Lives. Washington, DC: World Bank, 2020.

PLURALISMO JURÍDICO E POLIARQUIA: ESTRUTURANDO UMA DEMOCRACIA INCLUSIVA E PARTICIPATIVA

Legal Pluralism And Polyarchy: Structuring An Inclusive And Participatory Democracy

Flávia Piccinin Paz[1]

UNIMAR

Marcelo Wordell Gubert[2]

Universidade de Marília/SP – UNIMAR

DOI: https://doi.org//10.62140/FPMG682192896

Sumário: 1. Introdução; 2. Teorias da origem do Estado democrático; 3. Poliarquia Procedimento de democratização; 4. Pluralismo jurídico e sua relação com a democracia; 5. A poliarquia na democracia contemporânea; 6. Conclusão.

Resumo: O presente artigo analisa o conceito de pluralismo jurídico e sua relação com a teoria da poliarquia de Robert Dahl, investigando como essas abordagens podem contribuir para a construção de uma democracia mais inclusiva e participativa. Aponta como objetivos principais compreender as teorias da origem do Estado democrático, as características e elementos fundamentais da poliarquia e a importância do pluralismo jurídico na democratização. Em seu desenvolvimento, aborda inicialmente as teorias clássicas e modernas sobre a formação das sociedades políticas, passando pela análise detalhada da poliarquia de Dahl e, por fim, explorando o conceito de pluralismo jurídico como um direito emergente das lutas sociais cotidianas. O artigo utilizou como caminho o método hermenêutico e dialético, sendo a pesquisa de caráter analítico e exploratório, dentro da sua concepção teórica e conceitual; de cunho qualitativo e no que se refere à forma de abordagem do problema. Este método permitiu uma compreensão aprofundada e crítica dos conceitos estudados, além de possibilitar a identificação de intersecções entre poliarquia e pluralismo jurídico que podem fortalecer a prática democrática. Posto isto, conclui-se que a integração das ideias de poliarquia e pluralismo jurídico oferece um caminho promissor para a democratização

[1] Doutora em Desenvolvimento rural sustentável – UNIOESTE/PR e Doutoranda pela UNIMAR/SP. flavia@gubertepaz.com https://orcid.org/0000-0002-8179-8426

2 Doutor em Direito – UNIMAR/SP – marcelo@gubertepaz.com https://orcid.org/0000-0002-2499-7461

contemporânea. A poliarquia, com seu enfoque na participação e na competição política, complementa o pluralismo jurídico, que enfatiza a importância das diversas fontes de direito que emergem da própria sociedade. Essa combinação pode resultar em sistemas políticos mais inclusivos e representativos, onde as vozes de todos os cidadãos são ouvidas e consideradas no processo decisório. O estudo justifica-se pela relevância de promover uma democracia que vá além das estruturas formais, incorporando práticas que garantam a inclusão e a justiça social, refletindo de maneira mais plena os princípios democráticos de igualdade e participação.

Palavras-chave: Poliarquia, Pluralismo Jurídico, Democratização, Inclusão Política.

Abstract: This article analyzes the concept of legal pluralism and its relationship with Robert Dahl's theory of polyarchy, investigating how these approaches can contribute to building a more inclusive and participatory democracy. The main objectives are to understand the theories regarding the origin of the democratic state, analyze the fundamental characteristics and elements of polyarchy, and assess the importance of legal pluralism in democratization. In its development, the article first examines classical and modern theories on the formation of political societies, followed by a detailed analysis of Dahl's concept of polyarchy, and finally explores legal pluralism as a right emerging from daily social struggles. The research follows the hermeneutic and dialectical method, adopting an analytical and exploratory character within its theoretical and conceptual framework. It employs a qualitative approach concerning the problem's methodology and investigation. This method allows for a deep and critical understanding of the studied concepts while identifying intersections between polyarchy and legal pluralism that can strengthen democratic practices. Based on this analysis, it is concluded that integrating the ideas of polyarchy and legal pluralism presents a promising path for contemporary democratization. Polyarchy, with its focus on political participation and competition, complements legal pluralism, which emphasizes the importance of diverse sources of law emerging from society itself. This combination can result in more inclusive and representative political systems, ensuring that all citizens' voices are heard and considered in decision-making processes. The study is justified by the pressing need to promote a democracy that goes beyond formal structures, incorporating practices that guarantee inclusion and social justice, thereby more fully reflecting the democratic principles of equality and participation.

Keywords: Polyarchy, Legal Pluralism, Democratization, Political Inclusion.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar o conceito de pluralismo jurídico e sua relação com a teoria da poliarquia de Robert Dahl, explorando como essas ideias podem contribuir para a construção de uma democracia mais inclusiva e participativa.

O debate acerca da democracia tem sido um dos temas centrais das ciências políticas e jurídicas, especialmente no contexto contemporâneo, em que os desafios à inclusão política e à representatividade se tornam cada vez mais evidentes. A governança democrática tradicional, baseada na estrutura formal de eleições e representatividade parlamentar, enfrenta limitações para absorver a diversidade de atores sociais e suas demandas.

Nesse sentido, a teoria da poliarquia, desenvolvida por Robert Dahl, e o conceito de pluralismo jurídico emergem como perspectivas fundamentais para compreender a complexidade do processo democrático e sua necessidade de adaptação aos contextos sociais diversos.

A poliarquia, enquanto modelo procedural de democratização, destaca a importância da competição política e da participação cidadã como mecanismos essenciais para a consolidação de regimes democráticos mais inclusivos. Dahl propõe que a democracia efetiva requer um conjunto de condições institucionais que garantam ampla participação política e contestação pública, possibilitando que diferentes grupos tenham voz ativa na tomada de decisões.

No entanto, a experiência histórica demonstra que mesmo sociedades consideradas democráticas possuem estruturas excludentes, limitando a acessibilidade e efetividade dos processos políticos para determinados segmentos sociais.

Por outro lado, o pluralismo jurídico representa uma ruptura com a concepção tradicional do direito, ao reconhecer que as normas e regulações não emanam exclusivamente do Estado, mas também das práticas sociais e

culturais. Esse reconhecimento é crucial para a democratização, pois legitima múltiplos sistemas normativos coexistentes dentro de uma sociedade, ampliando as possibilidades de acesso à justiça e garantindo maior representatividade dos diversos grupos sociais.

Apesar do avanço na teoria política e jurídica, ainda há uma lacuna na interseção entre poliarquia e pluralismo jurídico no contexto da democratização contemporânea. A literatura existente tende a tratar essas abordagens de forma isolada, sem explorar plenamente as potencialidades de sua integração.

Este artigo busca preencher essa lacuna ao analisar como a combinação entre a teoria da poliarquia e o pluralismo jurídico pode contribuir para a construção de uma democracia mais robusta, inclusiva e participativa.

Dessa forma, o presente estudo se propõe a investigar a relação entre pluralismo jurídico e poliarquia, demonstrando como essas perspectivas podem fortalecer as práticas democráticas. Inicialmente, aborda-se a evolução das teorias sobre a origem do Estado democrático, contextualizando os fundamentos históricos e filosóficos que sustentam as concepções modernas de governança democrática.

Em seguida, explora-se a teoria da poliarquia, identificando seus principais elementos e sua aplicabilidade na democracia contemporânea. Posteriormente, discute-se o conceito de pluralismo jurídico e sua relevância na expansão das possibilidades democráticas, especialmente em sociedades marcadas por desigualdades estruturais.

O estudo justifica-se pela necessidade de aprofundar o entendimento sobre os desafios da democracia contemporânea e de propor abordagens que ampliem sua capacidade inclusiva. A metodologia adotada baseia-se em pesquisa qualitativa de caráter exploratório e analítico, utilizando o método

hermenêutico e dialético para examinar criticamente as interseções entre poliarquia e pluralismo jurídico.

Espera-se que os resultados obtidos contribuam para a formulação de modelos de governança mais eficientes e representativos, promovendo uma democracia que vá além das estruturas formais e incorpore práticas efetivas de inclusão e justiça social.

2 - TEORIAS DA ORIGEM DO ESTADO DEMOCRATICO

Viver em sociedade apresenta benefícios, mas também limita em muito a liberdade do indivíduo e, mesmo assim, o ser humano permanece no convívio social (Dallari, 1998). A grande dicotomia entre os teóricos está no fato de que naturalmente o ser humano vive em sociedade ou está obrigado a viver em sociedade, mesmo que contra sua vontade.

Na primeira vertente do convívio natural, a chamada Teoria Naturalista, encontra em Aristóteles seu primeiro e principal expoente, em contraponto a Teoria Naturalista apresenta-se a Teoria do Contrato Social, muitos autores pretendem ver o mais remoto antecedente do contratualismo em 'A República' de Platão, uma vez que lá se faz referência a uma organização social construída racionalmente sem qualquer menção à existência de uma necessidade natural. (Dallari, 1998).

Desta feita, observa-se no pensamento grego, através de Platão e Aristóteles, as primeiras linhas teóricas acerca da construção da sociedade e, por conseguinte do Estado, a necessidade de o homem viver em sociedade de forma natural ou por conveniência.

A evolução do estado grego e suas bases filosóficas foram de extrema importância para a cultura ocidental, em especial no que diz respeito ao modelo de governança de Atenas e a construção do ideário de Democracia.

Ironicamente, o que se sabe acerca da democracia ateniense advém de seus críticos especialmente Platão e Aristóteles. (Dahl, 2012).

A política, para Platão, é a arte de governar os homens com o seu consentimento e apenas os melhores preparados podem fazê-lo, pessoas diferentes ocupam lugares diferenciados. Platão apresentou cinco formas de governo as quais sofrem uma degeneração para justificar a necessidade do governo pelo melhor preparado.

Contudo, o não cuidado do conhecimento faz a degeneração do sistema, passando para a segunda forma de governo a Timocracia, onde o culto à virtude é trocado pela forma guerreira, caracterizando-se pelo governo dos mais fortes e corajosos.

Não concordando com a ideia de Sophocracia, Aristóteles em 'A Política', relacionou as formas de governo com a quantidade de pessoas a exercê-la: por um, de poucos ou de muitos, sendo justa ou injusta; boa (para todos) ou ruim. No contexto histórico e filosófico, o governo exercido apenas por um homem, quando é bom para todos, é chamado de monarquia; já o governo de um homem injusto é considerado tirania.

A democracia, segundo Aristóteles, é uma forma impura de governo porque visa beneficiar apenas os mais pobres. Meritocracia, quanto melhor for o cidadão, próspero na família, melhor para governar.

Embora Aristóteles considere a monarquia, a aristocracia e a politéia como formas corretas e adequadas de exercício do poder, ele prefere a última, distinguindo diversos tipos, e exclui aquelas que tornam as decisões de assembleias superiores à constituição, elevando a demagogia. (Martins, p. 291).

A partir do século XVII, autores como Hobbes, Locke e Rousseau apresentam a ideia da Teoria do Contrato Social (Contratualista), um conjunto

de proposições que apontam a origem do Estado através de um suposto contrato, uma comunhão de vontades, para a sua formação. Esta corrente supera o estado de natureza observado em Aristóteles, justificando que os indivíduos viram a necessidade de organizar-se em sociedade de comum acordo. Merecendo atenção, três expoentes: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Hobbes (2020), descreveu três formas de governo relacionando diretamente ao soberano. Quando o governo é de apenas um homem, há a monarquia; quando é uma assembleia de todos, democracia; e de apenas uma parte, aristocracia. Tirania, anarquia e oligarquia não são outras formas de governo, mas trata-se das formas anteriormente relacionadas, quando apresentam características detestadas.

Para Locke, a proteção da propriedade privada é o motivo pelo qual o homem aceita organizar-se em um governo civil, onde busca solucionar os problemas do estado da natureza. Assim, afirmou que aqueles que saem do estado de natureza para a vida em comunidade renunciam, em favor da maioria, ao poder necessário aos fins daquela sociedade na proteção da propriedade privada (Locke, 1998).

Jean-Jacques Rousseau (1712–1778) trouxe a teoria do contrato social à sua máxima expressão, influenciando diretamente os revolucionários da Europa e da América do século XVIII, na sua obra "O Contrato Social", iniciou propondo estudar o homem e a lei para justificar o Estado e observar os permissivos legais com o fito de unificar a justiça e utilidade (Rousseau, 1983).

Neste diapasão, refletiu sobre o fato de que, se o homem nasce livre em seu estado natural, busca o que legitima a sua submissão a outro senhor. Traçando um paralelo com a família, analisou o uso da força e a escravidão dos povos, o estudo da família como a primeira sociedade fez o autor afirmar

que "mais antiga de todas as sociedades e a única natural é a família" (Rousseau, 1983, p. 23).

Conforme outros pensadores, Rousseau apresentou três formas possíveis de governo: democracia, aristocracia e monarquia. Concluiu que, conforme a dimensão do Estado, cada uma das formas de governo seria a apropriada. As pequenas cidades caberiam à democracia, os Estados médios à aristocracia e os grandes Estados à monarquia

3 - POLIARQUIA: PROCEDIMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO

Observa-se que os filósofos, em seus estudos, abordavam os conceitos de democracia, mas muitos acabaram por refutá-la, considerando-a um sistema de escolha que envolve todos os cidadãos, ou pelo menos aqueles com direito ao voto. Paixões, inexperiência, conveniência e outros aspectos negativos foram levantados contra a democracia para justificar a preferência por regimes monárquicos ou aristocráticos.

A partir do século XIX, a concepção de democracia passou por adaptações para que pudesse chegar no atual modelo, considerando a democracia como o regime que persegue o bem comum.

A quebra deste paradigma dá-se com a concepção de Joseph Schumpeter, isto dá-se ao fato de que Schumpeter vence a visão de uma democracia formal, por vezes, utópica de um governo pelo povo para uma visão realista da democracia.

Desta feita definiu a democracia como um processo, merecendo transcrição:

> A democracia é um método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a uma decisão política (legislativa ou administrativa) e, por isso mesmo, incapaz de ser um fim em si mesmo, sem relação com as decisões que produzirá em determinadas condições históricas (Schumpeter, 1961, p. 291).

A democracia é um procedimento para que através da disputa de votos, indivíduos recebem o poder de decidir (Schumpeter, 1961). Ao criticar a teoria clássica da democracia, Schumpeter afirmou que não existe um bem comum de todos, cada um ou cada grupo apresentará em seus interesses aquilo que lhe melhor aprouver (Amantino, 1998).

Também aponta outra crítica a importante pilar da democracia clássica, o conceito de um governo do povo. Para tanto apontou uma série de problemas decorrentes desta conceituação. Sugeriu, então, a substituição desta problemática com uma simples troca de governo do povo por "governo aprovado pelo povo" (Schumpeter, 1961, p. 296).

Conforme apontou Guilhermo O'Donnell, Schumpeter traçou condições para o sucesso da democracia:

> Schumpeter propõe várias 'condições para o êxito do método democrático': (1) uma liderança apropriada; (2) 'a real abrangência das decisões de políticas públicas não deve ser excessiva'; (3) a existência de uma 'burocracia bem treinada, de tradição e prestígio social, dotada de um forte senso do dever e de um esprit de corps não menos forte'; (4) os líderes políticos deveriam exercitar em alto grau o 'autocontrole democrático' e o respeito mútuo; (5) deveria também existir 'uma alta dose de tolerância com as diferenças de opinião,' a propósito do que, voltando à sua nota de

> rodapé, Schumpeter acrescenta que 'um caráter nacional e hábitos nacionais de um certo tipo' são bem apropriados; e (6) 'todos os interesses que têm importância são praticamente unânimes não só na sua lealdade com o país, mas também Com os princípios estruturais da sociedade existente'.(O'Donnel, 1999, n.p.).

Para que a democratização seja possível, Dahl caracterizou a poliarquia pela possibilidade de oposição ao governo, salientando, entretanto, que a democratização e o desenvolvimento da oposição pública não são processos idênticos (Dahl, 2015).

Robert Dahl, em sua obra "Poliarquia", discutiu amplamente os sistemas de governo, definindo a poliarquia como um procedimento para alcançar a democracia, ou seja, um processo de democratização de um governo, sendo esta obra é considerada sua principal contribuição ao mundo acadêmico.

Ainda que não se tenha debruçado a conceituar a democracia para tratar da poliarquia, deixa visível que sua posição é influenciada pelos estudos de Schumpeter com a estruturação das definições realistas (O'Donnell, 1999) e a democracia competitiva (Monteiro; Moura; Lacerda, 2015).

Neste sentido, apresentou que um governo ser responsivo, deve tratar seus cidadãos como politicamente iguais, atendendo suas preferências. Apontou três condições necessárias para a que democracia seja possível, devendo os cidadãos terem oportunidades plenas, de formular suas preferências, poder expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo as quais devem ser igualmente consideradas na sua conduta. (Dahl, 2015).

Ainda sob este aspecto, para que estas condições da democracia sejam efetivas, Dahl (2015, p. 21) apontou oito garantias institucionais

necessárias para o pleno desenvolvimento. Estas oito garantias são melhores interpretadas através de duas dimensões teóricas da democratização, a contestação pública e o direito de participação no governo, oposição e inclusividade.

É possível comparar os diferentes regimes de governo através da amplitude da contestação pública, considerando o quão disponíveis efetivamente estão as oito garantias institucionais, permitindo maior ou menor participação popular (Dahl, 2015).

Contudo, apenas a análise sob este prisma se mostra insuficiente, sendo necessária uma segunda dimensão, onde a variação dos regimes também pode ser observada através da participação em eleições e cargos públicos.

Uma escala dos regimes pode ser construída através da amplitude do direito de participação na contestação pública, segundo sua inclusividade. (Dahl, 2015).

Neste sentido, apresentou as duas dimensões em um plano cartesiano que merece sua reprodução (Dahl, 2015, p.29):

Posteriormente, complementou o plano cartesiano, para demonstrar a conceituação de um regime conforme se desloca quanto a maior concessão de permissão da contestação pública e/ou da participação (Dahl, 2015, p.30):

Denominou como hegemonia fechada um governo onde não há amplitude da contestação pública tampouco a possibilidade de participação popular, caracterizado pelo domínio somente um grupo e pela total ausência dos cidadãos manifestar suas preferências, posicionando-o no início do plano na parte esquerda inferior.

Quando um governo tente a proporcionar aos cidadãos que possam formular suas preferências, permite que o ocorra a contestação pública, de

modo que, começa a subir no plano cartesiano e passar a trilhar o caminho apontado como "I".

Ao percorrer estes passos, o governo está se aproximando do conceito de oligarquias competitivas cuja característica está na liberalização da manifestação pública, contudo, ainda com um pequeno grupo tendo acesso a participação, ou seja, uma sociedade onde o poder é disputado com relativas condições de igualdade, mas por um pequeno número de elites fechadas ou com exclusão de grande parte da população.

Já um regime de hegemonia fechada que passa a proporcionar uma maior participação de seus cidadãos, está se tornando mais inclusivo e seu caminho no plano cartesiano está identificado como "II".

Neste sentido, seus passos conduziram o governo ao que se denominou de hegemonia inclusiva, caracterizada pelo gradativo aumento da inclusividade do povo, contudo sem discussão, ou seja, ainda um mesmo grupo se mantém no poder, sem dar margem à competição justa, mas permite algum nível de participação por parte da população.

Deste modo, caminho identificado como "III", ocorre quando o governo proporciona aos seus cidadãos a ampla participação de formular suas preferências e propiciar uma maior participação popular, ou seja, liberalização e inclusividade.

Observa-se que no canto superior direito encontra-se a poliarquia e não democracia isto porque, como apontou Dahl (2015), a democracia envolve mais do que as duas dimensões em comento, contestação pública e participação.

Com efeito, a poliarquia se apresenta como um governo onde a liberdade de expressão e possibilidade de efetiva participação nos atos

governamentais são as principais características para um governo democrático, a contestação e a participação pública.

4 - POLIARQUIA NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

A democracia, embora difundida como um sistema político preferível, está sendo corroída internamente pela apatia política, desinformação e crescente polarização, esses fatores contribuem para a emergência de líderes autoritários que, paradoxalmente, são eleitos democraticamente, mas minam as bases democráticas uma vez no poder.

A obra "Democracias sin Demócratas" explora a problemática das democracias contemporâneas, que enfrentam desafios significativos devido à falta de engajamento e crença dos próprios cidadãos nos princípios democráticos, destacando a importância da educação cívica e do fortalecimento das instituições democráticas como meios de reverter essa tendência.

O autor argumenta que, sem uma população verdadeiramente comprometida com os valores democráticos, as democracias correm o risco de se tornarem meras fachadas para regimes autoritários. (Rosenmann, 2007)

A democratização é um processo complexo e multifacetado, essencial para a construção de sociedades justas e inclusivas, Robert Dahl, em sua teoria de poliarquia, oferece um modelo robusto para entender esse processo, destacando a importância da participação e da competição política.

No entanto, a aplicação prática desse modelo enfrenta desafios significativos, especialmente em contextos em que o direito e a governança são tradicionalmente centralizados. Santos (2009), em seu texto "Pluralismo Jurídico e Democracia Deliberativa" fornece uma perspectiva crítica sobre essas questões, propondo uma abordagem pluralista.

O pluralismo jurídico, que reconhece a coexistência de múltiplos sistemas legais e normativos dentro de uma sociedade, é um conceito crucial para a democracia. Lemos Junior e Gomes, (2024), sugerem que a democracia não deve ser vista como um sistema monolítico, mas como um campo dinâmico onde diversas formas de autoridade e legitimidade coexistem e interagem.

No contexto brasileiro, onde a diversidade cultural, social e étnica é vasta, o pluralismo jurídico poderia proporcionar uma base para uma governança mais inclusiva e representativa, reconhecendo e integrando as vozes e os direitos de grupos historicamente marginalizados, como indígenas, afro-brasileiros e comunidades rurais. Contudo, não é o que ocorre.

Para Lemos Junior e Gomes, (2024), há uma discrepância entre a democracia ideal e a real, destacando que a democracia no Brasil não tem cumprido suas promessas de ser um governo "do povo, pelo povo e para o povo". Critica a democracia representativa brasileira, argumentando que ela se distancia do povo e serve mais aos interesses das elites, propondo como Santos (2009) a deliberação como um meio de restaurar a verdadeira democracia no país.

Robert Dahl, em sua teoria da poliarquia, oferece um caminho para entender como democracias reais funcionam, caracterizando-as por uma combinação de inclusividade política e contestação pública. A poliarquia, com seus critérios como eleições livres e justas, liberdade de expressão e associação, e um acesso pluralista ao poder, oferece um modelo que, embora não perfeito, representa um avanço em relação a regimes não democráticos.

A poliarquia, conforme definida por Dahl, é caracterizada pela incorporação de múltiplos centros de poder e pela diversidade de opiniões e interesses na condução da vida política, esse modelo enfatiza a necessidade de um sistema político que permita e encoraje a participação ativa de todos os cidadãos, garantindo que diferentes vozes sejam ouvidas e consideradas no

processo decisório. No entanto, essa idealização muitas vezes esbarra na realidade de sistemas jurídicos e políticos que são herméticos e restritivos.

Santos (2009), critica o discurso oficial do direito, que frequentemente engessa o pensamento jurídico dentro de um formato rígido e limitado, em vez disso, propõe-se um modelo de direito que reconheça "espaços de oxigenação" e "espaços não oficiais de direito", promovendo a transformação social e a inclusão de diversos atores.

Essa proposta é essencialmente um chamado para uma prática democrática mais ampla e inclusiva, refletindo a ideia de Dahl de uma poliarquia que aceita a multiplicidade de vozes e formas de participação.

Um exemplo significativo dessa crítica pode ser visto na citação: "A voz do rancor não cala meu povo, não! Dignidade é meu destino" (GRES União da Ilha do Governador - Samba de Enredo 2020).

Este trecho destaca a necessidade de uma democratização que realmente dê voz aos marginalizados e permita a expressão de suas demandas e aspirações. A inclusão dessas vozes é crucial para a construção de uma democracia robusta e resiliente, que vá além da mera formalidade representativa.

No mesmo sentido, a citação de Herrera Flores:

> Um direito plural é um direito de combate. O bom combate. A luta diária que nasce do âmago social, onde os pelejadores são os reais construtores do Direito, não meros destinatários da norma", reforça essa noção ao afirmar que o direito plural é construído pelos "pelejadores", ou seja, pelos indivíduos que estão engajados na luta diária por justiça e reconhecimento. (FLORES, 2009, p. 62)

Esses atores sociais são os verdadeiros construtores do direito, moldando-o através de suas ações e reivindicações, em vez de serem apenas receptores passivos das normas estabelecidas, e isso está em consonância com a ideia de democracia deliberativa, onde os cidadãos participam ativamente no processo decisório, contribuindo para a formação das políticas e das normas que regem suas vidas.

Essa abordagem pluralista e participativa do direito e da democracia é essencial para enfrentar os desafios contemporâneos e promover uma sociedade mais justa e inclusiva. (Santos; Avritzer, 2000)

A institucionalização da exceção, onde direitos e garantias fundamentais são suspensos em nome da segurança pública, é um exemplo de como o direito estatal pode falhar em proteger os cidadãos e suas liberdades. Em contraste, um direito que nasce da própria sociedade está mais alinhado com os princípios democráticos de inclusão e representação, como preconizado pela poliarquia de Dahl.

Isso reflete a noção de Dahl de que a democratização envolve a constante luta pela inclusão e pela competição política justa. A poliarquia, portanto, não é apenas um ideal teórico, mas um conjunto de práticas que devem ser incorporadas para criar uma sociedade verdadeiramente democrática.

Quanto a institucionalização da exceção, onde direitos e garantias fundamentais podem ser suspensos em nome da segurança e da ordem pública, entende-se que se trata de uma prática que mina a verdadeira democracia, que deveria ser inclusiva e pluralista:

Esta crítica é essencial para entender as limitações práticas da poliarquia e a necessidade de um compromisso constante com os valores

democráticos. Portanto, a integração do pluralismo jurídico com a teoria de poliarquia de Dahl oferece um caminho promissor para a democratização, ao reconhecer e valorizar as diversas fontes de direito e participação que emergem da sociedade, podemos construir sistemas políticos mais inclusivos e representativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos textos e conceitos apresentados evidência que a poliarquia, conforme definida por Robert Dahl, é essencialmente um regime com alta inclusão e contestação política, esses elementos são fundamentais para o processo de democratização, pois promovem uma ampla participação popular e a institucionalização de práticas democráticas que asseguram a representação e a inclusão de diversos grupos sociais.

A poliarquia pode ser vista como um modelo ideal de democratização, pois vai além das meras estruturas formais de participação e inclui práticas ativas que garantem que todas as vozes sejam ouvidas na arena política. Esta abordagem pluralista e inclusiva é vital para enfrentar os desafios contemporâneos e avançar na construção de sociedades mais justas e democráticas.

O pluralismo jurídico, como discutido no texto "Pluralismo Jurídico e Democracia Deliberativa", complementa a teoria de Dahl ao enfatizar a importância de um direito que emerge das práticas sociais e culturais da própria sociedade.

Essa perspectiva reconhece que a democratização deve ser um processo contínuo de luta e inclusão, onde os cidadãos não são apenas receptores passivos das normas, mas sim os verdadeiros construtores do direito através de suas ações e reivindicações diárias.

A verdadeira democratização exige, portanto, não apenas a adoção de estruturas formais, como eleições e representação política, mas também a promoção ativa de práticas que assegurem a inclusão de todas as vozes, especialmente aquelas que historicamente foram marginalizadas. Isso implica um compromisso constante com os valores democráticos de igualdade, justiça e participação.

Ao integrar a poliarquia e o pluralismo jurídico, é possível construir um sistema político que não apenas respeite, mas também celebre a diversidade e a pluralidade da sociedade. Esse sistema deve ser capaz de responder às demandas dos cidadãos, garantindo que todos tenham a oportunidade de influenciar as decisões que afetam suas vidas.

Conclui-se que a combinação dessas abordagens oferece um caminho promissor para a democratização contemporânea, promovendo uma sociedade onde a inclusão e a contestação política são não apenas permitidas, mas encorajadas.

Esta integração é essencial para a construção de uma democracia que vá além das formalidades, incorporando práticas que refletem verdadeiramente os princípios democráticos de participação e representatividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AMANTINO, Antonio Kurtz. Democracia: A concepção de Schumpeter. **Revista Teoria e Evidência Econômica**, v. 5, n. 10, p. 127-140. 1998.

DALLARI, D. DE A. **Elementos de teria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1

DAHL, Robert A. **A Democracia E Seus Críticos**. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2012.

DAHL, Robert A. **POLIARQUIA: Participação e Oposição**. Tradução Celso Mauro Paciornik. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo. 2015.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2ª Edição. Editora Saraiva. 1998. São Paulo.

FLORES, Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux/IDHIS, 2009.

O'DONNEL, Guilhermo. Teoria democrática e política comparada. **Dados**, v. 42, n. 4, p. 577–654, 1999.

HOBBES, Thomas. **Leviatã: Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** 2ª ed. Coleção Filosofia. Editora Lebooks. Isbn: 9788583862178. 2020.

JUNIOR, Lemos Pereira Eloy; GOMES, Joanes Otávio. A atual democracia no brasil e sua análise baseada nos ensaios de norberto bobbio: a proteção do direito fundamental à participação popular. **Revista Argumentum-RA**, n. 1, p. 45–61, mar. 2024.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução Julio Fischer. Editora Martins Fontes. 1998. São Paulo.

SANTOS; Bonavides. de Souza. **Pluralismo Jurídico e Democracia Deliberativa.** Fundação Boiteux, , 2009. (Nota técnica).

SANTOS; AVRITZER, L. **Introdução: para ampliar o cânone democrático**. Lisboa: Grandiva, , 2000. (Nota técnica).

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro. Editora Fundo de Cultura. 1961.

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

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Atualizado por Miguel Alfredo Malufe Neto. 35ª ed. Saraiva. 2019. São Paulo.

MONTEIRO, Lorena Madruga; MOURA, Joana Tereza Vaz de; LACERDA, Alan Daniel Freire. **Teorias da democracia e a práxis política e social.** Saraiva. 2019. São Paulo.

ROSENMANN, M. R. **Democracia Sin Demócratas Y Oytras Invenciones**. v. 01, p. 62, 2007. Madrid. Editora Sequitur.

EL DERECHO HUMANO AL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DISCAPACIDAD

The human right to work: a comparative analysis from the disability perspective[1]

Francesca Pacifico

Università degli Studi del Sannio

DOI: https://doi.org//10.62140/FP955085764

Sumario: 1. Introducción – 2. El reconocimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el marco internacional – 3. Perspectiva europea y la promoción de la inclusión laboral – 4. Análisis constitucional comparado: Italia y España – 5. Conclusiones

Extracto: Este estudio examina la relación entre derechos humanos, discapacidad y empleo, resaltando cómo el derecho al trabajo se reconoce progresivamente como un derecho humano fundamental, garantizando la inclusión social y económica de las personas con discapacidad. Se analiza la evolución del marco jurídico, que ha transitado desde enfoques asistenciales hacia una perspectiva basada en derechos, poniendo énfasis en el cambio de paradigma que considera la discapacidad no como una limitación individual, sino como el resultado de barreras sociales, culturales y estructurales que impiden la plena participación. A través de un análisis comparativo, se revisan los principales instrumentos normativos internacionales, europeos y nacionales, valorando su impacto en la promoción de políticas inclusivas que fomenten la igualdad de oportunidades. En particular, se examinan las

[1] Francesca Pacifico, Dottoressa europea di Ricerca in "Persona, Mercato, Istituzioni" e *Doctor Europaeus*, Università degli Studi del Sannio, frpacifico@unisannio.it

constituciones italiana y española, analizando cómo ambos ordenamientos jurídicos han abordado de manera efectiva la garantía del derecho al trabajo para las personas con discapacidad, en el contexto de sus respectivos marcos normativos. Se subraya la importancia de asegurar un acceso equitativo al empleo y la participación plena de este colectivo en el mercado laboral, abordando las barreras persistentes. Además, se enfatiza la necesidad de traducir las normas jurídicas en medidas concretas y eficaces que aseguren la igualdad de oportunidades en todos los aspectos laborales, garantizando que los derechos de las personas con discapacidad sean efectivamente reconocidos, respetados y protegidos en la práctica y promoviendo una sociedad más inclusiva.
Palabras clave: derechos humanos, discapacidad, empleo, inclusión, igualdad de oportunidades

Abstract: This study examines the relationship between human rights, disability, and employment, highlighting how the right to work is progressively recognized as a fundamental human right, ensuring the social and economic inclusion of people with disabilities. It analyzes the evolution of the legal framework, which has shifted from welfare approaches to a rights-based perspective, emphasizing the paradigm shift that views disability not as an individual limitation, but as the result of social, cultural, and structural barriers that prevent full participation. Through a comparative analysis, the main international, European, and national legal instruments are reviewed, evaluating their impact on the promotion of inclusive policies that foster equality of opportunity. In particular, the Italian and Spanish constitutions are examined, analyzing how both legal systems have effectively addressed the guarantee of the right to work for people with disabilities within the context of their respective legal frameworks. The importance of ensuring equitable access to employment and the full participation of this group in the labor market is emphasized, addressing the persistent barriers. Furthermore, the study stresses the need to translate legal norms into concrete and effective measures that ensure equality of opportunity in all aspects of employment,

guaranteeing that the rights of people with disabilities are effectively recognized, respected, and protected in practice, promoting a more inclusive society.
Keywords: human rights, disability, employment, inclusion, equal opportunities

1. Introducción

La relación entre los derechos humanos, la discapacidad y el derecho al trabajo ha sido objeto de una transformación profunda a lo largo del tiempo. Durante décadas, la discapacidad se abordó desde una perspectiva biomédica, en la que las limitaciones individuales se consideraban la principal barrera para la plena participación social y económica (Jiménez Lara, 2007). Sin embargo, este enfoque ha sido progresivamente reemplazado por un modelo basado en derechos, que pone de relieve el papel de los factores sociales, estructurales y culturales en la exclusión de las personas con discapacidad (Palacios, Romañach, 2008). En este contexto, el acceso al empleo ha emergido como un elemento esencial para garantizar la autonomía, la igualdad de oportunidades y la inclusión efectiva de este colectivo.

2. El reconocimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en el marco internacional

El reconocimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad como un derecho humano fundamental se sustenta en los principios de igualdad, no discriminación y accesibilidad, pilares esenciales del sistema internacional de derechos humanos. Estos principios establecen que todas las personas deben tener las mismas oportunidades de acceder al empleo y desarrollarse profesionalmente en condiciones dignas y justas. No obstante, la efectividad de este derecho exige la eliminación de las barreras estructurales,

sociales y culturales que históricamente han obstaculizado la plena inclusión de este colectivo en el mercado laboral.

Desde una perspectiva normativa, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Lewis, 2002; Cassese, 2009; Monereo Atienza, Monereo Pérez, 2014) sentó las bases del reconocimiento del derecho al trabajo como un elemento esencial para la dignidad humana. En su artículo 23, se establece que "toda persona tiene derecho al trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección frente al desempleo", sin discriminación de ningún tipo. Este principio implica que también las personas con discapacidad deben ser consideradas en igualdad de condiciones dentro del mercado laboral, lo que requiere la implementación de políticas y estrategias que faciliten su acceso y permanencia en el empleo, eliminando obstáculos físicos, normativos y actitudinales que perpetúan su exclusión (Palomeque López, 2004).

Un hito fundamental en la evolución del reconocimiento de estos derechos se produjo con la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este tratado internacional supuso un cambio de paradigma al consolidar el modelo social de la discapacidad, que no la concibe como una mera limitación individual, sino como el resultado de barreras impuestas por la sociedad (Della Fina, Cera, Palmisano, 2017). La CDPD refuerza la obligación de los Estados de garantizar ajustes razonables en los entornos laborales (Pacifico, 2024), combatir cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad y adoptar políticas públicas efectivas para promover el empleo de este colectivo.

En particular, el artículo 27 de la CDPD establece el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, en entornos accesibles y sin discriminación. Para lograrlo, insta a los Estados a implementar medidas concretas que fomenten su empleabilidad,

tales como programas de formación, incentivos a la contratación y marcos normativos que aseguren una protección efectiva frente a la exclusión laboral. Asimismo, enfatiza la importancia de generar oportunidades tanto en el sector público como en el privado, promoviendo un mercado laboral verdaderamente inclusivo y en consonancia con los principios de los derechos humanos.

3. Perspectiva europea y la promoción de la inclusión laboral

En el marco europeo, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad se ha consolidado como un principio fundamental en el contexto de los derechos humanos. A lo largo de las últimas décadas, se ha producido una evolución normativa significativa, donde el enfoque asistencialista ha sido reemplazado por una visión basada en derechos que reconoce la discapacidad como un derecho humano inalienable. Esta transformación se refleja en los principales instrumentos jurídicos de la Unión Europea, que buscan garantizar la igualdad de oportunidades laborales y la inclusión plena de las personas con discapacidad en la sociedad.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), adoptada en 2000 y vigente desde 2009, es una de las normativas clave que ha impulsado este enfoque basado en los derechos. En su artículo 21, la CDFUE establece la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad, mientras que el artículo 26 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a recibir medidas específicas que favorezcan su autonomía e integración social. Además, el artículo 15 consagra el derecho de todos los ciudadanos de la Unión, incluidas las personas con discapacidad, a trabajar y a ejercer una profesión en condiciones de igualdad y dignidad, lo que refuerza la importancia de crear un entorno laboral accesible y libre de discriminación.

Por otro lado, el artículo 31 de la CDFUE también establece que todos los trabajadores, independientemente de su condición, tienen derecho a condiciones laborales justas y equitativas. Este principio se complementa con las disposiciones de la "Estrategia Europea sobre Discapacidad 2021-2030", que promueve medidas específicas para mejorar la accesibilidad en los lugares de trabajo y fomentar la integración laboral de las personas con discapacidad a través de políticas activas de empleo. Esta estrategia es un reflejo del compromiso de la Unión Europea con la creación de un mercado laboral inclusivo, en el que se garantice la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, sin importar su discapacidad.

No obstante, la plena efectividad de estos derechos sigue enfrentando desafíos en cuanto a su implementación. Si bien las normativas europeas han sentado las bases de un marco legal inclusivo, la realidad de muchos países miembros muestra que las barreras estructurales y actitudinales persisten en el ámbito laboral. La igualdad formal consagrada en la ley aún no se traduce siempre en igualdad real en los lugares de trabajo, y las personas con discapacidad siguen enfrentando obstáculos significativos para acceder al empleo y desarrollarse profesionalmente.

Para superar estos desafíos, es crucial que los Estados miembros no solo adopten las leyes y directivas correspondientes, sino que también implementen políticas concretas y efectivas que eliminen las barreras estructurales, promuevan la accesibilidad y aseguren el acceso igualitario al empleo para las personas con discapacidad. La verdadera inclusión laboral solo se alcanzará cuando se garanticen condiciones laborales dignas, sin discriminación y con ajustes razonables que permitan la plena participación de este colectivo en la vida económica y social.

4. Análisis constitucional comparado: Italia y España

En el ámbito nacional, tanto la Constitución italiana de 1948 como la Constitución Española de 1978 han establecido disposiciones clave para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, con especial énfasis en el derecho al trabajo como un pilar fundamental para la inclusión social y económica..

En la Constitución italiana, los principios de igualdad y solidaridad son fundamentales para la plena realización de los derechos humanos. El artículo 3 establece que todas las personas deben ser tratadas por igual, eliminando las barreras sociales y económicas que impiden el ejercicio de sus derechos, incluyendo el derecho al trabajo de las personas con discapacidad (Rodotà, 2012). Este principio es respaldado por el artículo 2, que define la solidaridad como una responsabilidad colectiva de la sociedad y el Estado para remover las barreras que afectan a las personas vulnerables, incluidas aquellas con discapacidad. La Constitución italiana subraya que el trabajo no solo es un medio para la realización personal, sino una herramienta para garantizar la autonomía económica y la integración social de cada persona. Este enfoque se encuentra en el artículo 36, que establece que los trabajadores deben disfrutar de condiciones laborales dignas, asegurando que todos los individuos, incluidas las personas con discapacidad, puedan desarrollar sus capacidades en un entorno laboral que respete su dignidad.

Además, el artículo 38 de la Constitución italiana establece que los trabajadores tienen derecho a la seguridad social en caso de enfermedad, accidente, invalidez y vejez, lo cual refuerza el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, proporcionando una red de protección que asegura su bienestar y acceso a una vida digna. Este artículo es crucial para garantizar que las personas con discapacidad no solo tengan acceso al empleo, sino que también estén protegidas por medidas que les permitan enfrentar las adversidades económicas y sociales relacionadas con su discapacidad. La interrelación de estos artículos demuestra un enfoque integral para garantizar la plena inclusión de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Por su parte, la Constitución Española refuerza el principio de igualdad y no discriminación en su artículo 14, que prohíbe cualquier forma de discriminación, incluida la que afecta a las personas con discapacidad. Aunque no menciona explícitamente a las personas con discapacidad, este artículo garantiza que puedan ejercer sus derechos, incluidos los laborales, en condiciones de igualdad. Además, el artículo 35 reconoce el derecho al trabajo como un elemento esencial para la autonomía personal y la participación social, promoviendo la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral y la eliminación de cualquier forma de discriminación, incluidas las barreras relacionadas con la discapacidad.

Además, la reforma reciente del artículo 49 de la Constitución Española refuerza el compromiso con la inclusión social y laboral de las personas con discapacidad, adaptando las políticas públicas a los principios establecidos por la CDPD. Esta reforma no solo hace hincapié en la atención médica y asistencial, sino que promueve la autonomía personal y la participación activa de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad, incluidas las oportunidades laborales (Casas Baamonde, 2024; Legarreta, 2024).

Ambas constituciones, a pesar de sus diferencias, coinciden en la necesidad de garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, entendiendo el empleo no solo como un medio de subsistencia, sino como una herramienta para garantizar la igualdad, la autonomía y la integración plena en la sociedad. El derecho al trabajo se configura así como un derecho humano fundamental, en el que la eliminación de barreras y la promoción de la igualdad de oportunidades son esenciales para que las personas con discapacidad puedan participar plenamente en la vida económica y social.

Este enfoque constitucional se alinea con los compromisos internacionales adquiridos por ambos países, reflejando un esfuerzo por garantizar que las políticas públicas y los marcos legales no solo sean formales,

sino efectivos en la eliminación de las barreras estructurales y actitudinales que persisten en el acceso al empleo.

5. Conclusiones

El breve análisis del marco normativo internacional, europeo y constitucional de Italia y España en relación con el derecho al trabajo de las personas con discapacidad subraya la importancia de considerar este derecho no solo como una cuestión de acceso al empleo, sino como un derecho humano fundamental. A lo largo del tiempo, las normativas han evolucionado hacia un enfoque más inclusivo y basado en derechos, promoviendo la igualdad de oportunidades y la eliminación de barreras estructurales, físicas y actitudinales que limitan la participación plena de las personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, el reconocimiento formal de este derecho no siempre se traduce en su plena aplicación, lo que exige políticas activas, programas de sensibilización y mecanismos de supervisión que garanticen una efectiva inclusión laboral.

Tanto Italia como España han logrado integrar principios clave de igualdad y no discriminación en sus constituciones, desarrollando normativas específicas para favorecer el acceso al empleo de las personas con discapacidad (Santucci, Cerbone, De Petris, Pacifico, 2022). No obstante, la realidad demuestra que persisten barreras significativas que obstaculizan la plena inclusión en el ámbito laboral. Estas barreras no son solo físicas, sino también sociales y actitudinales, lo que pone en evidencia que la promulgación de leyes no basta por sí sola. Es necesario un cambio profundo en las estructuras laborales y una transformación en la mentalidad colectiva para que la igualdad de oportunidades sea una realidad tangible.

A partir de este análisis, surgen tres reflexiones fundamentales. En primer lugar, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad debe ser

entendido como un derecho humano inalienable, no como una concesión o medida asistencial. No se trata únicamente de permitir el acceso al empleo, sino de garantizar condiciones laborales equitativas que promuevan el desarrollo profesional sin discriminación. Mientras el acceso al empleo siga siendo un desafío insuperable para millones de personas con discapacidad, la noción de sociedades inclusivas y justas seguirá siendo una aspiración incompleta.

En segundo lugar, aunque las legislaciones han avanzado en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad, la realidad sigue rezagada. Las leyes establecen derechos, pero su cumplimiento efectivo depende de la implementación de políticas públicas eficaces y de un compromiso real por parte de los actores sociales y económicos. La exclusión laboral no es responsabilidad de las personas con discapacidad, sino de un sistema social que aún no ha eliminado los obstáculos que dificultan su participación plena.

Finalmente, es necesario replantearse el papel de la sociedad en este proceso. La inclusión laboral de las personas con discapacidad no es solo un imperativo legal, sino una responsabilidad colectiva. No es suficiente con establecer normativas; es esencial transformar las dinámicas del mercado laboral y generar un cambio cultural que valore la diversidad como un elemento clave para el desarrollo social y económico. La verdadera inclusión no se logra solo con buenas intenciones, sino con acciones concretas que garanticen la igualdad real de oportunidades en todos los ámbitos laborales. Para ello, es fundamental que tanto los sistemas jurídicos como las políticas públicas y las empresas adopten un enfoque inclusivo que permita el acceso igualitario y la participación activa de las personas con discapacidad en el trabajo.

Bibliografía

Barbera A., "Art. 2", en VVAA (dir. Branca), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, págs. 50 y sigs.

Bifulco R., Cartabia M., Celotto A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il mulino, Bologna, 2001.

Casas Baamonde, M. E. "La reforma de la Constitución", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 67, 2024, págs. 6-24.

Cassese A.*, I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009, págs 32 y sigs.

Della Fina,V.; Cera, R.; Palmisano, G., *The United Nation Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Berlino, 2017.

Esposito C., "Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione", *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pág. 30.

Ghera F.*, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, pág. 20.

Grossi P., "Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*"*, en VVAA (dir. Siclari), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Torino 2003, págs. 41-60.

Guastini R., "Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost."*, Ragion pratica*, 29, 2007, págs. 328-329.

Jiménez Lara, A., *Conceptos y tipología de la discapacidad. Documentos y normativas de clasificación más relevantes*, Tratado sobre discapacidad. Aranzadi Thomson Reuters, 2007, págs. 177-205.

Legarreta, R. E., "El nuevo artículo 49 de la Constitución Española. Un comentario en perspectiva jurídico-laboral", *Briefs AEDTSS, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* 2024.

Lewis M., "A Brief History of Human Dignity: Idea and Application", en VVAA (dir. Malpas - Lickiss), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht: Springer, 2002, págs. 102 y sigs.

Luccioli G., "Persona", en VVAA (dir. Brollo- Bilotta- Zilli), *Lessico della dignità*, Forum, 2021, págs. 161 y sigs.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.). *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y textos internacionales concordantes*, Granada: Comares, 2014.

Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2012.

Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, pág. 1019.

Pacifico, F, "Accomodamenti ragionevoli per il lavoro delle persone con disabilità: innovazioni legislative e orientamenti giurisprudenziali", *Il diritto del mercato del lavoro*, págs. 561-562.

Palacios, A. y Romañach, J., "El modelo de la diversidad: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidad funcional (discapacidad)", *IN*, 2, 2008, págs. 37-47.

Palomeque López, M. C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en AAVV (dir. Palomeque López), *Derecho del trabajo y razón crítica. Libro dedicado al profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*. Salamanca: Caja Duero, 2004.

Prieto Sanchis, L. "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, págs. 367-425.

Politi F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Giappichelli, 2018, págs. 108-119.

Rescigno G.U., "Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana", *Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999, pág. 83.

Resta G., "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti alla dignità (note a margine della Carta dei diritti)", *Rivista di diritto civile*, 48, 2002, págs. 801-848.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, pág. 186.

Rossi E. "Art. 2", en VVAA (dir. Celotto) *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, págs. 38 y sigs.

Ruggeri A." Il principio personalista e le sue proiezioni", *Federalismi.it*, n. 17/2013, págs. 1 y sigs.

Sacco F., "Note sulla dignità umana nel "diritto costituzionale europeo", en VVAA (dir. Panunzio), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, págs. 596 y sigs.

Santucci, R., Cerbone, M., De Petris, P., Pacifico, F. "Disability and labor law. Certainties, disappointments and hopes in the italian legal experience", *Creşterea economică în condiţiile globalizării*, págs 316 y sigs.

Violini L., "Art. 38", en VVAA (dir.Celotto), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, págs. 775 y sigs.

LEI NATURAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS : A CONTRIBUIÇÃO JURÍDICA DOS BENS HUMANOS BÁSICOS

Frederico Antonio Lima de Oliveira[1]

Universidade da Amazônia(UNAMA)

Felipe da Silva Dias[2]

Centro Universitário do Pará(CESUPA)

Arthur Santos Carvalho[3]

Centro Universitário do Pará(CESUPA)

DOI: https://doi.org//10.62140/FOFDAC438580649

Sumário: 1. Introdução; 2. A ética dos bens humanos, vida boa e direitos fundamentais; 3. A insuficiência do modelo positivista-liberal de abarcar os direitos fundamentais como bens humanos; 4. Conclusão.

Resumo: A investigação deste artigo se insere na temática dos direitos fundamentais, os quais asseguram os pilares primordiais à consecução de uma vida digna ao homem. A premissa da discussão, isto é: aquilo que vem a ser uma vida boa ou digna, ponto inicial do discurso, tem sido ignorada ou viciada

[1] PhD em Direito Constitucional (Universidade Clássica de Lisboa). E-mail:fffoliveira10@gmail.com orcid: https://orcid.org/0000-0002-9297-2223

[2] LLM em Direito Ambiental (Pace University/NY) e Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional (CESUPA). E-mail: felipe.diasadv@gmail.com . Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1465-5855

[3] Graduando de Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará(CESUPA). E-mail: Arthursantoscarvalho4@gmail.com . Orcid: https://orcid.org/0009-0007-6531-6785

por erros nas próprias definições que as diversas correntes jurídicas oferecem. Não há dúvida, entre as tradicionais concepções do direito, da importância que o Estado e as demais instituições assumem na tentativa de reconhecer e proteger aqueles aspectos; entretanto, dessa questão se origina a necessidade de uma boa justificativa dos direitos fundamentais, para que haja um reconhecimento ideal. Nesse sentido, as filosofias do direito que têm se destacado na tentativa de definir a delimitação exata dos direitos fundamentais à conquista da vida digna ao ser humano são: a jusnaturalista e a juspositivista. A questão da justiça, do direito e da moral são o âmago do embate de ambas as teorias e constituem os tópicos que estruturam a concepção de florescimento humano para cada uma das respectivas correntes. Essa pesquisa se baseará numa metodologia bibliográfica-investigativa que argui a tese de que o modelo positivista é incapaz de justificar e reconhecer os direitos fundamentais. Assim, desenvolver-se-á em cada um dos capítulos os elementos centrais para uma nova concepção dos direitos fundamentais ancorada na teoria da lei natural. De início, será apresentada a ética dos bens humanos básicos relacionando-a com a noção de vida boa e direitos fundamentais; em seguida, demonstrar-se-á o papel que o Estado e as demais instituições devem possuir para resguardar tais direitos e para promover a realização humana plena; por fim, demonstrar-se-á as razões do paradigma positivista-liberal ser insuficiente para defini-los e englobá-los.

Palavras-chave: direitos fundamentais; jusnaturalismo; juspositivismo

1 INTRODUÇÃO

A tese defendida nesse artigo de que o modelo positivista-liberal não é capaz de justificar e reconhecer os aspectos básicos do florescimento humano e transpô-los ao campo jurídico pela forma dos direitos fundamentais, inicia-se com a compreensão do que seria direito para essa teoria. A primeira constatação é a mudança de significado do direito para o homem ao longo do tempo. Por um lado, desde as sociedades clássicas, a finalidade do direito estava atrelada à ordem e ao convívio harmônico da comunidade. Prova disso, é a noção de direito como *nomos* na *pólis* grega, evidenciando que as fronteiras de Atenas simbolizavam o limite político dos cidadãos com os demais povos que não participavam da vida pública. Além disso, tanto a noção de *jus* e *lex*. em Roma, compreendidos como uma relação com os outros e uma ligação com povos distintos; quanto a ideia de *berith* em

Israel, entendida sob a perspectiva de uma aliança de Deus com o povo eleito, enfatiza-se a existência do próprio direito relacionada à comunidade, convivência e ao povo.

A modernidade com a gênese do racionalismo filosófico do século XVII rompe com a concepção de direito naquilo que se refere ao convívio com outrem, à relação humana. No decorrer desse período, a corrente moderna-individualista começa a compreender o direito enquanto uma qualidade inerente ao indivíduo, não abarcando a esfera social e o papel fundamental da comunidade ao ser humano. O individualismo liberal de Descarte, Locke e Kant foram substancialmente influentes nas revoluções iluministas do século XVIII e XIX, as quais positivaram sob o nome de direitos fundamentais a concepção moderna da ciência do direito. Daí a evocação de algumas imagens ("véu da ignorância") e conceitos("estado de natureza") para justificar a redução do direito à qualidade individual, em vez de defini-lo a partir da sua própria perspectiva humana: resguardando o próprio homem dentro da sua relação com a comunidade.

Em decorrência desse substrato dos direitos fundamentais sustentados pela supressão de uma realidade primordial ao homem e da mudança na compreensão de sua própria natureza, há a necessidade de se verificar uma outra corrente empenhada em justificar e abarcar os anseios verdadeiramente mais vitais ao homem. Por conta disso, a noção que servirá de base para essa nova definição dos direitos fundamentais se norteará pela ética dos bens humanos básicos: perspectiva retomada no século XX pela teoria da lei natural, elencada por Grisez,Finnis, Robert P. George, Murphy e demais autores. O retorno da ética arguida desde os gregos e medievais ao diálogo das teorias do direito contemporâneo, é fundamental para fazer frente às demais correntes e propor uma justificação dos direitos fundamentais que destoe da linha positivista-liberal. Sendo assim, a apresentação dessa nova teoria daqueles direitos se desenvolverá em duas partes: de início, tratar-se-á da ética dos bens humanos básicos como elementos primordiais à vida boa;

em seguida, expor-se-á uma dialética do modelo arguido dos positivistas, contrapondo-o com o paradigma oferecido pela teoria da lei natural.

2 A ÉTICA DOS BENS HUMANOS E A VIDA BOA

2.1- Os princípios da razão prática

A exposição deste primeiro capítulo será composta por três partes. De início, apresentar-se-á a estrutura da razão prática, enfatizando o princípio primaríssimo como ordenador do raciocínio humano prático. Em seguida, a exposição terá um enfoque nos bens humanos básicos e de que modo esses princípios primários se relacionam com aquele princípio. Por fim, relacionar-se-á os princípios primaríssimo e primários com as normas morais propriamente ditas, as quais conferem a base à vida boa.

A compreensão de que a base das ciências sociais se encontra na ação humana as vincula à compreender os fundamentos centrais do seu objeto, o qual está enraizado nos pilares da razão prática. A teoria da lei natural é uma filosofia moral que investiga a estrutura da ação humana, por conta disso, a análise dos princípios da razão prática constitui a sua pedra angular. Não é de se espantar que os principais teóricos dessa tradição desenvolveram ricos trabalhos tratando dos princípios da ação humana. Grisez, considerado o autor que reinaugura a teoria da lei natural, em 1965 publicou um estudo acerca do primeiro princípio da razão prática; Finnis, provavelmente o principal expoente dessa nova fase daquela teoria, constrói a sua obra ancorada nesse estudo da ação humana, nota-se tal detalhe tanto em *Lei Natural e Direitos Naturais (LNDN)* e em demais trabalhos.

Por conta disso, não há como falar de nova teoria da lei natural nos campos da política, economia, do direito,etc. sem referir-se à ação do homem, a qual é caracterizada por sua reflexão, deliberação e escolha. A estrutura da ação humana é apreendida mediante princípios que a tornam inteligível e que

permitem julgá-la. Finnis em *LNDN* argumenta que aquela apreensão da forma do agir humano, dá-se em virtude daqueles princípios serem princípios da lei natural, os quais governam todo o raciocínio prático humano. Há o discernimento de três categorias desses princípios que se referem ao raciocínio prático: (I) um grupo que indica as formas básicas de florescimento humano como bens a serem buscados e realizados; (II) um outro conjunto que oferece os requisitos básicos de razoabilidade prática, o qual é o parâmetro de ações razoáveis e desarrazoáveis; por fim, (III) uma esfera de padrões morais.

O passo inicial para analisar o princípio primaríssimo da razão prática (*ultimate first principle of natural law)* é ter em mente que ele é o responsável por estruturar toda a ação humana. A forma que esse princípio imprime na ação indica que todo agir é norteado em vista de um *telos*. Tal finalidade da ação é buscada à medida que o próprio homem enxerga o objeto como um bem, manifestando uma estrutura teleológica, isto é: toda vez que o homem age, age em vista de um bem-aparente ou verdadeiro. Esse bem é a sua razão de agir e a justificação de sua ação, o qual a torna inteligível.

Por um lado, entende-se que o princípio primaríssimo encarna a função de governar e de estruturar o raciocínio prático. Em certo aspecto, é possível compará-lo à Constituição no ordenamento jurídico, a qual impõem as condições mínimas à estrutura que cada norma legal deve conter. Da mesma forma, guardadas as devidas proporções, que as normas infraconstitucionais devem participar da forma constitucional para existirem no ordenamento, os bens primários participam do primaríssimo princípio, quaisquer que sejam as razões para a ação humana.

Tais bens são compreendidos como as razões fundamentais que levam o ser humano a agir. Esses também são princípios da lei natural, uma vez que dirigem à ação do homem em vista de um bem. Entretanto, o papel que os bens humanos ocupam na estrutura do raciocínio prático é o de especificar as razões básicas que subjazem em cada agir humano e são primordiais à realização humana. Tais preceitos, portanto, constituem-se os

motivos, a justificação da ação humana: a partir da resposta à indagação "por qual motivo estás agindo?", há a inteligibilidade da ação mediante o bem que é apreendido e buscado.

No capítulo "*The other basic values"* da segunda parte de *LNDN,* Finnis aponta sete formas de bens humanos básicos que motivam à ação do homem e se enquadram na forma do princípio primaríssimo, são eles: vida, conhecimento, jogo, experiência estética, sociabilidade(amizade), razoabilidade prática, religião. Quaisquer que sejam os motivos que se encontrem implícitos no agir humano, enquadrar-se-ão, para Finnis, numa dessas razões básicas que norteiam a ação humana. As características dos bens humanos básicos podem ser sintetizadas em dois termos: pré-morais e não são imperativos. Quando se expressa que o bem deve ser buscado e o mal evitado e se vincula tal proposição com a lista dos bens humanos, não está se afirmando que é um dever buscar a amizade e as situações que lhe servem de empecilho devem ser postas de lado.

Usando-se de uma situação hipotética para que o conceito possa ficar mais nítido: Victor tinha recebido um convite para jogar futebol com seus amigos às quinze horas do sábado. Entretanto, não poderá comparecer, uma vez que será padrinho de batismo da filha de seus amigos Bruna e Léo. Pode-se, nesse caso, afirmar que por Victor escolher o bem da religião ao bem da amizade, ele não estaria se realizando plenamente? Ou pode-se dizer que ele agiu moralmente mal?

Essa discussão acerca da correta interpretação do primeiro princípio da razão prática de Tomás de Aquino, é exatamente o objeto de discussão do texto de Grisez(1965). Analisando o exemplo acima, é possível compreender os efeitos de se vincular o caráter moral obrigatório aos bens humanos. A ideia que subjaz no primeiro princípio, que é ressaltada por Grisez e os demais teóricos da lei natural, não se sustenta na ideia de um "dever de fazer o bem" (imperativo e moral); porém, naturalmente o homem ao agir, age em vista de um desses fins. Os bens humanos básicos imprimem a forma da ação humana

e detalham os motivos que estão implícitos no propósito humano de agir. Caso se levasse em consideração a vinculação da moralidade aos princípios, não haveria como Victor, personagem do exemplo supracitado, realizar alguma ação sem agir mal.

Entretanto, se o ser humano sempre que age está agindo em vista desses bens humanos, os quais detém um caráter de pré-moralidade e atratividade da ação humana, o homem sempre se orienta por tais bens. A pergunta que servirá de elo à próxima parte deste capítulo, está intimamente relacionada à maneira que a teoria da lei natural liga o raciocínio prático, em si, e o raciocínio moral, para se chegar à vida boa e expressar um juízo de valor à determinada conduta.

2.2 Os requisitos básicos da razoabilidade prática

Tendo em vista a estrutura arquitetônica da racionalidade prática já exposta, constituindo-se o princípio primaríssimo "o bem deve ser feito e o mal evitado" sua pedra angular que garante a estabilidade de toda disposição. Além dos bens humanos básicos, os quais são as partes mais explícitas que dão visibilidade e participam da forma primeiríssima, conferindo as razões de agir ao homem. Essa recapitulação é necessária para se adentrar no objeto da segunda parte deste capítulo, o qual tratará do modo que a teoria da lei natural cinge a estrutura da racionalidade prática com a moralidade, ou seja, de que modo a partir daqueles princípios se pode chegar aos elementos morais da ação. Com esse intuito, enfatizar-se-á os dois últimos princípios citados anteriormente: os requisitos da razoabilidade prática(ii) e a esfera dos padrões morais(III).

No quinto capítulo da segunda parte de *LNDN,* Finnis trata dos critérios metodológicos daqueles primeiros princípios (pré-morais) para alcançar o âmbito moral da lei natural. O cerne desse elo do âmbito pré-moral da teoria da lei natural com a sua esfera moral, dá-se principalmente mediante

o bem da razoabilidade prática que simultaneamente é um bem humano básico, mas também dispõe a busca do ser humano aos demais bens. Não basta que as ações humanas sejam atraídas e orientadas visando aos bens humanos, há a necessidade de se preocupar com a maneira que esses bens serão realizados: razoavelmente ou desarrazoadamente?

Quanto à maneira que os bens serão conquistados, o âmago da questão não se encontra vinculado às suas condições estruturais, mas ao âmbito de escolha do agente. A problemática não se encontra ancorada ao primeiro elemento, uma vez que embora os bens humanos sejam incomensuráveis, devido certas circunstâncias, limitações (espaciais, temporais etc.) não é possível realizá-los de todas as maneiras possíveis- o que não significa hierarquizá-los. Ambas as ações de Victor, personagem da situação hipotética supracitada, seriam inteligíveis e racionais, tanto o bem da amizade quanto o da religião; porém em virtude de limitações temporais, Victor não conseguiria realizá-las concomitantemente.

Diante dessas diversas circunstâncias que limitam o homem à realização dos bens, o modo que ele as organiza e ordena seus critérios para optar por um, em vez de outro; constitui-se a área de aplicação incipiente dos princípios morais e da verificação da razoabilidade da ação. Os nove requisitos da razoabilidade, expostos por Finnis em *LNDN,* são os parâmetros que possibilitam julgar a razoabilidade de determinada ação. A maneira razoável de se buscar um bem deve passar pelo crivo daqueles critérios. Tendo analisado esse segundo grupo de princípios da teoria da lei natural e ao compará-lo com o exemplo posto artigo, pode-se afirmar que a ação de Victor foi racional, inteligível e boa; haja vista que ele respeita os critérios do raciocínio prático razoável, a saber: plano coerente de vida, respeito por cada valor básico em cada ato, sem preferências arbitrárias por pessoas etc.

A exposição em *LNDN* desses requisitos básicos da razoabilidade prática e a importância de se ater na forma que os bens humanos serão realizados, constituem-se os primeiros passos para a construção de uma

robusta teoria moral. Na teoria da lei natural, o primeiro princípio da moralidade- também chamado de princípio supremo da moralidade- está intimamente vinculado à diretividade dos bens humanos, ou seja, a capacidade da ação humana de se orientar por esses bens; mas também, a atratividade que cada bem humano básico exerce sobre o raciocínio prático do homem. Quanto à diretividade, há dois modos de segui-la: de forma integral ou de forma arbitrária.

Orientar a ação humana de modo a dirigi-la integralmente aos bens, significa, sobretudo, um agir que respeite a todos os bens humanos e não opte por causar dano a qualquer um deles. Isso não significa, logo, que há a necessidade de realizar todos os bens humanos numa única ação e de todas as maneiras possíveis. O objeto que a diretividade integral nos compele é que no momento da deliberação por um bem humano básico, podemos optar a não realizarmos um bem, em virtude de outro; mas nunca devemos escolher ferir, atacar, danar qualquer bem. Nesses termos, tendo como objeto a escolha e o querer do homem, tratar-se-ia de um agir desarrazoado, pois há a intenção de se ferir um bem humano básico. Essa última hipótese é o modo de se dirigir aos bens humanos arbitrariamente, a qual é racional e inteligível, mas desarrazoada.

O princípio supremo da moralidade se refere à busca harmônica dos bens humanos básicos num plano concreto, baseando-se numa diretividade compatível com uma escolha voltada à realização plena do homem. Nesse caso, entende-se o motivo de George afirmar que os requisitos da razoabilidade prática são "princípios intermediários" (2015, p.87) do princípio supremo da moralidade e das normas morais propriamente ditas. Isso se dá, pois, tais requisitos especificam as formas de cumprir o princípio da moralidade, haja vista que são partes que concretizam os modos de cumpri-lo. A realização integral do homem fica obstada quando se fere os requisitos do bem comum, um plano racional de vida, o respeito por cada bem humano em cada ação etc. Em cada requisito da razoabilidade prática, portanto, há

uma concretização da diretividade integral dos bens humanos e uma responsabilidade moral, a qual se dirige a um daqueles requisitos.

2.3-Normas Morais, Vida Boa e Direitos Fundamentais.

As normas morais propriamente ditas constituem a última categoria de princípios daquele tríplice estrutura anteriormente elencada, a qual dispõe os princípios protéticos da razão prática, por fim, o nível de julgamento moral que constitui o âmbito dos padrões morais.

Os conceitos que cingem as duas esferas da razão prática, a pré-moral e a incipientemente moral, são os requisitos da razoabilidade prática. Esses conceitos ou princípios intermediários, têm a capacidade de concretizar esse elo em decorrência de duas características que lhes são próprias, como outrora foi exposto nesse artigo: tanto por constituir o bem humano básico da razoabilidade prática, quanto por dispor as formas razoáveis que os próprios bens básicos devem ser buscados. Em relação ao primeiro, percebe-se que tal como os demais princípios primários do raciocínio prático (vida, sociabilidade prática, conhecimento etc.), o agir conforme a razão orienta a ação humana. Entretanto, ainda que o bem seja apreendido e busquem-no como um fim, a maneira que o perseguem constitui a esfera de uma ação razoada ou desarrazoada. Nesse ponto, o respeito aos requisitos da razoabilidade prática constitui uma diretividade integral e o ataque àqueles requisitos, que constitui um ataque aos próprios bens humanos, configura-se como uma diretividade arbitrária. Vale ressaltar que a discussão acerca da maneira de buscar tais bens, ou seja, tratando-se especialmente do tipo de diretividade que propicia a realização integral do homem, ainda não se constitui um elemento moral.

O âmbito da moralidade se desvela com a indagação de quais as ações/omissões que seriam desarrazoadas ou razoáveis em todas as circunstâncias? Em outras palavras, de que maneira deliberar e querer

possibilidades compatíveis à realização humana integral? Já há um questionamento e uma diretividade propriamente moral nessas indagações, haja vista a necessidade de se verificar um agir que nunca feriria, em quaisquer que sejam as circunstâncias, algum bem humano básico. A discussão fundamental da esfera moral se dá justamente acerca do correto modo de seguir a diretividade integral para conquistar o florescimento humano pleno, o qual os bens humanos fornecem.

Os requisitos da razoabilidade prática conferem a forma correta que esses bens devem ser buscados, de modo que cada ser humano persiga a sua realização plena com diretividade integral, respeitando os bens humanos de outrem. As normas morais encontram-se assentadas e são formuladas a partir daqueles requisitos, os quais especificam o princípio da moralidade, além de orientar o agir bem do homem. A partir do bem humano básico da razão prática e dos seus requisitos, há a apreensão dos bens fundamentais ao florescimento humano de cada pessoa e o modo correto de buscá-los, sem causar dano aos bens de outrem. Nesse aspecto, as regras morais se configuram como exigências específicas do princípio da moralidade ("o que deve ser feito?") e dos requisitos da razoabilidade prática.

Um dos mais expoentes filósofos do direito que se insere no debate da lei natural, Barzotto (2023, p.55) aponta o mandamento do amor, a regra de ouro como o princípio que unifica e sistematiza a filosofia moral, logo, a própria racionalidade prática. Finnis[4] também afirma que o mandamento do amor se constituiria do primeiro preceito da lei moral natural, o qual unifica e ordena a forma correta a se buscar a realização humana integral. Se, por um lado, a diretividade integral dos princípios intermediários têm o papel de orientar a forma correta de perseguir os bens humanos; a esfera moral se atrela justamente às ações que seriam, em todas as circunstâncias, moralmente boas

[4] John Finnis, Aquinas.

ou ruins. Daí a necessidade razoável de compreender o mandamento do amor, a regra de ouro como o princípio norteador de toda relação com o próximo.

O primeiro preceito da lei moral natural e a esfera das normas morais propriamente ditas constituem a coroa do pensamento prático, o qual as suas gradações foram expostas desde o início do artigo. A plena realização humana integral apenas é conquistada mediante a perseguição dos bens básicos pelo homem, não se limitando a buscá-los mediante uma diretividade integral. Ao contrário, a cristalização da realização humana integral, consequentemente a busca razoável dos bens humanos, apenas pode ocorrer com um agir pautado pelo mandamento do amor. No "amar o próximo como a si mesmo" há a síntese do agir moralmente bom, uma vez que nele há as partes fundamentais ao florescimento do próprio agente e dos sujeitos que o cercam. Noutras palavras, no primeiro precito da lei moral natural se verifica o amor a si (sujeito da moral), o amor a outrem (objeto da moral) e o amor a Deus (sentido da moral). Nisso, por fim, consiste a busca pelo *telos* do homem e, consequentemente, a felicidade(*eudaimonia*), a vida boa; constituindo a busca dos bens pelo homem e respeitando o florescimento humano de outrem.

3 A INCAPACIDADE DO MODELO POSITIVISTA-LIBERAL DE JUSTIFICAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO BENS HUMANOS

A exposição desta última parte do artigo terá como enfoque a objeção à teoria contemporânea dos direitos fundamentais, contrastando-a com os princípios objetivos que norteiam a teoria da lei natural. Quanto ao tema do conceito daqueles direitos, propõe-se uma dialética da corrente neoclássica com a atual teoria positivista-liberal para analisar de que modo esta teoria nos responde a melhor forma de defini-los e justificá-los.

O modo que a teoria contemporânea pretende definir os direitos primordiais se baseia tanto na técnica que constitui a dogmática jurídica,

quanto nos fundamentos filosóficos da própria corrente. Em virtude disso, é basilar analisar de que modo esses dois flancos da teoria se desenvolvem, para compreender quais seriam as causas das suas inconsistências teóricas e de que modo os princípios da teoria da lei natural demonstram ser superiores naquilo que tange aos critérios de definição daqueles direitos.

Não há dúvidas de que o papel dos direitos fundamentais se materializa na garantia dos aspectos básicos que permitem a realização humana integral. Num certo aspecto, há a distinção daquela espécie de direitos subjetivos com os direitos humanos; uma vez que estes cabem a todo ser humano e transcende qualquer ordenamento jurídico, enquanto aqueles devem ser assegurados também em decorrência das características humanas básicas, mas incidem nos indivíduos que são governados por uma legislação própria ou que eventualmente podem vir a participá-la. Naquilo que se refere aos problemas da dogmática jurídica, enfatiza-se na maneira que o sistema jurídico *per si* seria incapaz de definir os aspectos que promovem o pleno desenvolvimento humano. Isso se deve ao modo que foi desenvolvido o raciocínio dogmático, pois, compreende desde o princípio certas premissas como vinculantes à interpretação das normas. A dogmática, por exemplo, impõe uma interpretação ao artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 para o cidadão brasileiro, afirmando que este deve ser dócil à união indissolúvel dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Entretanto, a própria magna carta não leva em consideração a tradição jurídica de províncias que o Brasil possui desde a sua fundação. Contudo, o princípio de "não contestar as premissas dogmáticas" proíbe que os cidadãos adiram às raízes brasileiras e devem se conformar às normas constitucionais. Além disso, há de se ressaltar os limites técnicos daqueles que têm a incumbência de legislar, possibilitando que a definição se torne muitas vezes imprecisa e falte com a exatidão necessária.

Em decorrência desses e de outros inúmeros motivos, a tradição da dogmática jurídica se revela inadequada para tratar da definição e justificação dos direitos fundamentais. Uma vez que estes, em si, tratar-se-iam de ficções

jurídicas e "acreditar neles é como acreditar em bruxas e unicórnios (MacIntyre,2021) o que existiria de fato seria o direito à liberdade de expressão do proprietário ou do eleitor, por conta desses títulos estarem positivados. Nota-se, logo, que o problema é mais profundo e robusto, tratando-se de uma natureza que não é puramente jurídica, mas filosófica. A teoria contemporânea dos direitos fundamentais define-os principalmente a partir de uma ótica liberal-iluminista, a qual tem a sua gênese no racionalismo moderno do século XVII e rompe com a tradição que vinha sendo construída na história do direito; já que em vez de tratar a pessoa humana em si e a sua relação com a comunidade como centro do direito, transfere-o ao indivíduo e reduz o direito de bens às qualidades (liberdade, propriedade…).

Na história da ciência do direito, os efeitos da radicalização do individualismo e da alteração do centro do direito-bem como do seu significado-, desencadeou uma série de mudanças no âmbito da filosofia política, moral e do direito que desencadeou no positivismo do século XIX. Para realizar a análise do impacto do movimento positivista no tema dos direitos fundamentais, é basilar compreender de que forma aquela teoria responde às necessidades dessa temática e de como alguns teóricos positivistas atuais buscam justificar aqueles direitos mediante a metodologia positivista.

Naquilo que se refere à política e ao âmbito jurídico, os direitos fundamentais têm a função de justificar e limitar a autoridade do poder público. Tendo em vista a preocupação permanente contra as arbitrariedades do Estado, enfatiza-se a necessidade de se penetrar cada vez mais na maneira que a corrente contemporânea dos direitos fundamentais os justifica e os resguarda frente ao arbítrio do governante. A grande contenda àquela linha de pensamento seria encontrar os meios ideais de apresentar critérios robustos para limitar a autoridade política baseando-se nas liberdades individuais.

Um dos grandes autores positivistas que enfrentou essa temática, Raz lidou desde cedo com a questão dos direitos e o limite do poder da autoridade. Quanto a essa questão, os pontos centrais para entender essa

teoria se dividem no modo que o autor percebe o conceito de autoridade(I) e de que forma esta soberania seria limitada pela imunidade dos direitos (II). Nesse primeiro item, Raz explica que a autoridade política constitui a esfera da autoridade prática, isto é, àquelas que fornecem as razões do sujeito agir, e a justifica mediante o fim da coordenação social. Em virtude do intuito do governante de coordenar a sociedade, emerge o dever de obediência dos cidadãos por conta do melhor posto em que aquele se encontra. Essa justificativa se encontra alicerçada em três teses que se referem ao conteúdo/argumento que deve legitimar a autoridade(dependência), somada à forma que devem ser orientadas as ações da autoridade na sociedade (preempção) e de que maneira as razões daquelas diretrizes se encontram justificadas nas pessoas que recebem as ordens de certa autoridade (justificação normal) (2011).

O ponto que realmente nos interessa na definição de autoridade atribuída pelo autor constitui na forma em que ele detalha a autoridade reivindicada pelo próprio Estado. Raz(2011) indica que o poder estatal poderia reivindicar uma autoridade além daquela a que tem direito, constituindo-se de uma autoridade uma autoridade e uma justificação normal mais extensa do que as demais. Nesse aspecto, se essa autoridade reivindica um poder além da sua própria alçada de modo conceitualmente seria capaz de limitá-la na teoria de Raz? Reitera-se o advérbio *conceitualmente*, uma vez que o autor propõe meios de limitá-la *factualmente* a partir de uma maior dificuldade no procedimento legal à moda kelseniana ou um fortalecimento da própria opinião pública à maneira inglesa. A principal crítica à teoria de Raz referente aos direitos fundamentais, dá-se justamente por não tratar a imunidade daqueles direitos como conceitual- o que limitaria desde a origem o seu conceito de autoridade-, mas tratá-la como factual.

O convencionalismo e o uso retórico que Raz pretendia superar com o seu olhar positivista dos direitos humanos, superaram-no e impuseram ao autor a situação da cômica história do Barão de Münchhausen que puxa os próprios cabelos para livrar-se do afogamento. Nesta tensão existente da

limitação do poder reivindicado pelo Estado com a autoridade dos próprios direitos fundamentais, sobretudo, demonstra-se a inadequação das positivistas para assegurá-los contra os possíveis da autoridade estatal. Em contrapartida, ratifica-se a necessidade de fundamentá-los sob a perspectiva da teoria da lei natural; uma vez que esta tradição não os identifica como direitos fornecidos ou criados pela autoridade política, mas que não estão disponíveis ao domínio do Estado.

A necessidade de se conceituar com um fundamento mais substancial os direitos fundamentais, é o tópico que unifica todo o texto. Finnis (1998) confere aos direitos fundamentais uma justificativa objetiva alicerçada na dignidade da pessoa humana e nos bens humanos básicos, os quais são os fins últimos para a ação e que devem fundamentar os direitos positivados por determinado ordenamento jurídico, com o intuito de que as ordens da autoridade política não sejam desarrazoadas, não contenham a diretividade da razão prática. A contribuição jurídica da tradição da lei natural ao tema dos direitos fundamentais se dá justamente pela preocupação teórica de não os submeter a elementos históricos ou convencionais, mas *imunizá-los* de autoridades arbitrárias que sobrevivem do próprio delírio.

O âmago da justificativa sólida dessa teoria se alicerça em dois conceitos: os bens humanos básicos e a dignidade da pessoa humana. Os princípios da lei natural, ordenado pelo primaríssimo, possibilitam que a razão humana prática oriente as suas ações ao alcance de bens humanos básicos, basilares para o florescimento humano. Tais princípios, que ainda constituem o âmbito pré-moral, são mais palpáveis naqueles bens que nos dirigem em todas as circunstâncias à realização humana integral. Além disso, a dignidade da pessoa humana somada aos próprios direitos fundamentais são derivações daqueles princípios pré-morais. Assim como a esfera moral se encontra assentada no âmbito incipientemente moral, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana se baseiam nos bens humanos básicos. Aqueles direitos, alicerçados nos bens básicos, revestem-se de autoridade jurídica com o fim de protegê-los e promovê-los.

4 CONCLUSÃO

A autoridade reivindicada pelo Estado deve se alinhar à maneira dos clássicos e compreender que o governante não governa para si, logo, não seguir as teses de Raz de que a autoridade estatal reivindica soberania dos próprios direitos. Os bens humanos básicos e a dignidade da pessoa humana, portanto, devem ser o princípio ordenador dos sistemas jurídicos, além de assegurar uma justificativa sólida aos direitos fundamentais. Apenas com a fundamentação robusta e incipientemente moral dos bens humanos, tais direitos estão conceitualmente imunizados das ações arbitrárias, desarrazoadas do mau governante.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Vol 4. I Seção da II Parte. Questões 49-114. 2° ed. São Paulo: Loyola,2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

_____.**Teoria do Direito.**Porto Alegre: Livraria do Advogado,2017

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas S.A, 2003.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

_____.**Aquinas:** moral, political, and legal theory. Oxford: Oxford University Press,1998.

GRISEZ,Germain.The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae,1-2,Question 94, Article 2, da Summa Theologiae, **Natural Law Forum**, 10,1965, p.168-201.

MACHADO, Ayrton Borges; PINHEIRO, Victor Sales. A Autoridade dos direitos humanos entre bens básicos e autonomia: o debate filosófico da teoria da lei natural de Finnis com o positivismo liberal de Joseph Raz. In: PINHEIRO, Victor Sales (org.). **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 1-353.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude.**Vide,2021.

PINHEIRO, Victor Sales (org.). **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

RAZ,J. **O conceito de sistema jurídico:** uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos.São Paulo:Martins Fontes.2012

_____. **A moralidade da liberdade.** Rio de Janeiro: Elsevier,2011.

SANTOS, André Fonseca dos; PINHEIRO, Victor Sales. Dos Bens Humanos às normas morais: os princípios de lei natural na estrutura do raciocínio prático em Finnis. In: PINHEIRO, Victor Sales (org.). **A Filosofia do Direito Natural de John Finnis**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 1-353.

RESPONSABILIDADE NA VIOLAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL GENERATIVA

Liability for the Violation of Intellectual Property and Personality Rights through the Use of Generative Artificial Intelligence

Gabriel Neves Nogueira[1]

Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente

Guilherme Prado Bohac de Haro[2]

Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente

DOI: https://doi.org//10.62140/GNGH881728366

Sumário: 1. Inteligência Artificial; 2. Direitos Autorais; 3. Direitos da Personalidade; 4. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre os impactos da inteligência artificial generativa na violação dos direitos da personalidade e da propriedade intelectual resultante do seu processo de elaboração de "outputs". A princípio, busca-se entender o chamado "aprendizado profundo", a principal técnica de aprendizagem utilizada pelas inteligências artificiais disponíveis no mercado, e sua relação com a geração de conteúdos que possam apresentar características semelhantes às de obras já existentes, realizando, portanto, uma reflexão acerca dos impactos sobre os direitos autorais. Posteriormente, será feita uma ponderação sobre os direitos da personalidade, especialmente nos casos em que esta ferramenta seja utilizada para replicar características individuais, como voz, aparência e escrita, sem o consentimento do titular. Por fim, haverá uma análise, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, da relação criada nos casos em que houver

[1] Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: gabriel-nogueira@toledoprudente.edu.br

[2] Advogado, Palestrante e Professor. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Doutor em Direito Econômico pela Unimar-SP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET. Endereço eletrônico: guilherme.pbh@hotmail.com.

sua violação, estabelecendo a responsabilidade dos sujeitos envolvidos e suas consequências. O estudo busca contribuir para a reflexão acerca da necessidade de adaptação do arcabouço normativo para atender as novas relações jurídicas decorrentes do avanço tecnológico proporcionado pela inteligência artificial. Além disso, vale ressaltar, que o trabalho busca subsídio para sua elaboração, principalmente, na ferramenta chamada ChatGPT da empresa OpenAI, visto que ela é a mais utilizada pelos usuários dentre as disponíveis atualmente.
Palavras-chave: Inteligência Artificial; Propriedade Intelectual; Direitos da Personalidade; Responsabilidade.

Abstract: This paper aims to present initial reflections on the impacts of generative artificial intelligence on the violation of personality rights and intellectual property rights resulting from its process of generating "outputs." Initially, it seeks to understand the so-called "deep learning," the main learning technique used by artificial intelligence systems available on the market, and its relationship with the generation of content that may present similarities to pre-existing works, thus reflecting on its impacts on copyright. Subsequently, a consideration will be made regarding personality rights, especially in cases where this tool is used to replicate individual characteristics, such as voice, appearance, and writing, without the consent of the rights holder. Finally, an analysis will be conducted, in light of the Brazilian legal framework, of the relationship established in cases where violations occur, determining the responsibility of the parties involved and their consequences. This study aims to contribute to the discussion on the need to adapt the legal framework to address new legal relationships arising from the technological advances provided by artificial intelligence. Furthermore, it is worth noting that this research relies primarily on the ChatGPT tool developed by OpenAI, as it is currently the most widely used by users among the available options.

Keywords: Artificial Intelligence; Intellectual Property; Personality Rights; Liability.

1. Inteligência Artificial

A Inteligência Artificial é a tecnologia do momento, mas poucas pessoas sabem conceituá-la de maneira correta. Nesse sentido, JIANYANG DENG e YIJIA LIN[3] esclarecem sua definição:

> "IA is a branch of computer science that focuses on creating intelligent machines that can think and act like humans. AI systems

[3] Cfr. DENG, Jianyang; LEN, Yijia, "The Benefits and Challenges of ChatGPT: An Overview", ob. cit, p.2.

> are designed to learn from their environment and make decisions based on the data they receive. AI can be used to solve complex problems, such as medical diagnosis, autonomous vehicles, and natural language processing. [...]"

A Inteligência Artificial Generativa, por sua vez, é um ramo dessa tecnologia. Depreende-se, portanto, que ela seja uma espécie da qual a IA é o gênero. Nas palavras de FENGCHUN MIAO e WAYNE HOLMES[4]:

> "A Inteligência Artificial Generativa (IAGen) é uma tecnologia de inteligência artificial (IA) que gera conteúdo de forma automática em resposta a comandos escritos em interfaces de conversação em linguagem natural. Em vez de simplesmente fazer a curadoria de páginas da web, aproveitando o conteúdo existente, a IAGen na verdade produz novo conteúdo. Esses conteúdos podem aparecer em formatos que compreendem todas as representações simbólicas do pensamento humano: textos escritos em linguagem natural, imagens (incluindo fotografias, pinturas digitais e desenhos animados), vídeos, música e código de software. [...]"

Desse modo, o presente trabalho concentra-se na análise da Inteligência Artificial Generativa, uma vez que as principais ferramentas disponíveis pertencem a essa categoria e são responsáveis pelo surgimento de relações jurídicas que violam os direitos da personalidade e a propriedade intelectual.

Em Novembro de 2022, a empresa OpenIA lançava ao mundo o ChatGPT, uma inteligência artificial generativa em modelo ChatBot. Já

[4] Cfr. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO), "Guia para a IA generativa na educação e na pesquisa", ob. cit, p. 8.

naquele mesmo ano, ela viria a se tornar um sucesso mundial, atingindo a primeira posição nas pesquisas na internet ao redor do mundo. Esse era o primeiro contato em grande escala da população com uma ferramenta com essa capacidade e graças a esse pioneirismo, ela continua sendo a mais utilizada atualmente.

Desde 2022 até o ano de 2025, ano de produção do presente trabalho, o mercado disponibilizou diversas concorrentes a pioneira, dentre elas: Gemini (Meta); Deepseek (Deepseek); Copilot (Microsoft); e inúmeras outras.

Apesar de suas diferenças, todas apresentam, em regra, um elemento em comum: a técnica de aprendizagem utilizada por elas, a "aprendizagem profunda". Como nos ensina KAY-FU LEE[5], esse método utiliza de inspiração o cérebro humano e suas redes de neurônios, recriando artificialmente uma estrutura semelhante, que apresenta entradas e saídas. Dados de um determinado fenômeno são introduzidos na "entrada" do sistema e, uma "resposta correta" na saída, a inteligência artificial passa por um processo de reconhecimento, fazendo a ligação entre as características dos dados fornecidos e as do objetivo final, de maneira que sejam filtradas e, posteriormente, apresentadas aquelas que apresentam aspectos iguais ao desejado.

Um exemplo seria: na entrada, são fornecidas inúmeras imagens, algumas contendo gatos e outras não. Na saída, é apresentada uma única imagem com a presença de um gato, sendo esse o objetivo estabelecido. A inteligência artificial analisará a imagem de saída, identificando suas características e, posteriormente, correlacionará quais das imagens fornecidas possuem o maior número de qualidades em comum, apresentando, ao final, uma seleção filtrada daquelas consideradas "corretas".

Portanto, há uma correlação entre a quantidade de dados que alimentam o sistema e o número de vezes que a inteligência artificial consegue apresentar ao final uma resposta igual ao obejtivo, de maneira que, eles são inversamente proporcionais. Basicamente, quanto mais dados são fornecidos, menor a quantidade de respostas incorretas ao final.

A "aprendizagem profunda" é uma técnica revolucionária e que permitiu o surgimento das inteligencias artificiais generativas, visto que as permitiu identificar objetos, pessoas, animais e assim por diante. Contudo,

[5] Cfr. LEE, Kai-Fu; CHEN, Qiufan, "2041: Como a inteligência artificial vai mudar sua vida nas próximas décadas", ob. cit, p.44.

como descrito, ela exige uma grande quantidade de dados para que o número de respostas incorretas seja ínfimo.

Como informa LUCIA MARTINS BARBOSA[6], as empresas, a exemplo da OpenIA, passaram a utilizar dados públicos disponíveis na internet para treinar suas respectivas inteligências artificiais. Isso ocorre, porque os bancos de dados privados não apresentavam o volume de informações necessárias para que houvesse o treinamento.

Desse modo, ao elaborar os "outputs" (resultados dos comandos dados pelo usuário), a inteligência artificial se baseia em dados públicos para compreender o conteúdo solicitado e, então, formular uma resposta correta. Portanto, não se trata de um processo de criação de algo único, mas sim de uma compilação de informações e do desenvolvimento de resultados fortemente embasados em conteúdos preexistentes, o que, em alguns casos, pode gerar obras com grande similaridade àquelas já existentes.

2. Direitos Autorais

Nas palavras de CINTHIA LOUZADA, "o direito autoral representa o conjunto de direitos destinados a regular as relações jurídicas decorrentes da criação de obras intelectuais protegidas, sejam elas de ordem moral ou patrimonial[7]."

No Brasil, os direitos autorais são regulados por uma legislação específica, a Lei nº 9.610/1998, cuja função é regulamentá-los de acordo com a Convenção de Berna, da qual o país é signatário. Esse tratado internacional, datado de 1886, foi responsável por estabelecer os primeiros padrões para a proteção de obras literárias e artísticas.

O artigo 29 da lei supramencionada estabelece a obrigatoriedade da autorização do autor para a utilização de sua obra, porém, as modalidades previstas em seus incisos são muito tradicionais. Contudo, o legislador, prevendo possíveis avanços tecnológicos que poderiam tornar a legislação obsoleta, optou por incluir, no inciso X, uma cláusula genérica que abarca

[6] Cfr. BARBOSA, Lúcia Martins; PORTES, Luiza Alves Ferreira, "A Inteligência Artificial.", ob. cit, p. 22.
[7] Cfr GIACOMELLI, Louzada C F.; BRAGA, Prestes C.; ELTZ, Koury M F, "Direito autoral.", ob. cit, p. 17.

modalidades não mencionadas, seja por não serem amplamente conhecidas ou por não existirem no momento da criação do texto legal.

Em 1998, a internet ainda não era amplamente utilizada em países emergentes como o Brasil, e a inteligência artificial parecia um futuro distante. Portanto, é difícil imaginar que o legislador soubesse que as obras seriam disponibilizadas publicamente e, por isso, acabariam sendo utilizadas para alimentar programas de IA. No entanto, sua sagacidade ao deixar um inciso genérico na lei garantiu que os autores protegidos pela legislação não se encontrassem desamparados diante dessa nova realidade.

Portanto, ainda que seja necessária uma alteração na lei para incluir explicitamente as novas modalidades surgidas com o avanço tecnológico, os autores cujas obras atendem aos requisitos para proteção legal já se encontram resguardados.

Por fim, vale ressaltar que, atualmente, em 2025, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1473/2023, que busca iniciar as discussões sobre a regulamentação do uso de obras para a alimentação de algoritmos de IA. O projeto pretende exigir que as empresas disponibilizem aos autores ferramentas que lhes permitam impedir a utilização indiscriminada de suas obras, garantindo a preservação de seus direitos autorais.

3. Direitos da Personalidade

Como disserta CARLOS BITTAR[8] em sua obra, os direitos da personalidade são intrínsecos aos seres humanos, compondo-se pelo que há de mais essencial para sua existência. Eles se dividem em três grandes categorias: direitos físicos; direitos psíquicos; e direitos morais.

No contexto da inteligência artificial, a violação decorrente de seu uso indevido recai, sobretudo, sobre os direitos físicos, especialmente a voz, a imagem e a escrita dos autores. Isso ocorre porque empresas passaram a disponibilizar ferramentas que permitem aos usuários utilizar essas características para gerar conteúdos personalizados. Ou seja, é possível que

[8] Cfr. BITTAR, Carlos A, "Os Direitos da Personalidade", ob. cit, p. 115.

um usuário solicite à IA a criação de uma propaganda de determinado produto utilizando a imagem de um ator; a elaboração de um jingle (mensagem publicitária musical de curta duração) empregando a voz de um cantor; ou até mesmo a escrita de um poema reproduzindo o estilo característico de um poeta.

Embora esse avanço represente um grande ganho para a área publicitária, permitindo um processo mais ágil de criação e viabilizando inúmeras campanhas inovadoras, ele também abre precedentes para o uso indiscriminado e não autorizado dos direitos da personalidade de figuras públicas.

Nesse sentido, em outubro de 2024, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a uma apelação movida pelo advogado de defesa de um locutor que teve sua voz utilizada em uma campanha publicitária veiculada no canal do YouTube de uma associação de lojistas. O detalhe é que o apelante, em nenhum momento, gravou a campanha ou autorizou o uso de sua voz, sendo todo o material produzido com o auxílio de uma ferramenta baseada em inteligência artificial.

Os direitos da personalidade encontram proteção no âmbito constitucional, civil e penal, apesar desse não ser diretamente o objeto tratado no presente trabalho. Contudo, as relações jurídicas passaram por transformações nos últimos anos, de maneira que a legislação pátria não é capaz de fornecer uma proteção efetiva aos indivíduos prejudicados.

4. Considerações Finais

A conclusão inicial indica que os problemas causados pelo mau uso da Inteligência Artificial e de suas ferramentas ainda não ocorrem com frequência a ponto de serem amplamente percebidos pela população. No entanto, esses problemas existem e causam prejuízos aos envolvidos, sobretudo aos indivíduos que têm seus direitos violados.

A doutrina, embora aborde o tema, impulsionada pela repercussão gerada nos últimos anos pela proliferação de ferramentas movidas a IA, ainda carece de debates aprofundados e soluções concretas para os desafios

enfrentados. A escassez de materiais de qualidade e em quantidade suficiente representa uma grande dificuldade para qualquer pessoa interessada em se aprofundar no estudo desse assunto.

A legislação vigente oferece uma base para os julgamentos relacionados aos casos mencionados, garantindo que os magistrados não estejam totalmente desamparados. Todavia, a legislação brasileira é defasada e necessita urgentemente de atualização para acompanhar as novas relações jurídicas. O Projeto de Lei nº 1.473/2023 é uma iniciativa promissora e demonstra o interesse do legislador no tema, além de evidenciar sua atenção às necessidades da sociedade. Entretanto, como nem tudo é perfeito, o projeto enfrenta obstáculos no moroso processo legislativo brasileiro, o que faz com que, em pleno ano de 2025, ele ainda esteja em análise pelas comissões temáticas da Câmara dos Deputados.

Há responsabilidade dos participantes das relações jurídicas, sendo os usuários que utilizam essas ferramentas para violar direitos alheios julgados e condenados pelas cortes de diversos países. As empresas que disponibilizam as ferramentas também têm sua parcela de responsabilidade, sendo igualmente condenadas e cobradas por atualizações que permitam aos prejudicados evitar o uso indevido de seu trabalho e personalidade sem a devida autorização.

Por fim, conclui-se que o Brasil se destaca na proteção de direitos quando comparado a países com realidades econômicas e sociais semelhantes. No entanto, em comparação com nações europeias e norte-americanas, ainda há deficiências, o que obriga os magistrados a buscarem soluções individualmente, resultando em uma falta de uniformidade nas decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

AULLI, Tom. **Introdução à inteligência artificial**. Tradução de Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Novatec, 2020.

BARBOSA, Lúcia Martins; PORTES, Luiza Alves Ferreira. A Inteligência Artificial. **Revista Tecnologia Educacional**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 16-27, jan./mar. 2023. ISSN 0102-5503.

BITTAR, Carlos A. **Os Direitos da Personalidade, 8ª edição**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2015. E-book. p.115. ISBN 9788502208292. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208292/. Acesso em: 06 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 04 de fev. de 2025.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.473, de 28 de maio de 2023**. Torna obrigatória a disponibilização, por parte das empresas que operam sistemas de inteligência artificial, de ferramentas que garantam aos autores de conteúdo na internet a possibilidade de restringir o uso de seus materiais pelos algoritmos de inteligência artificial, com o objetivo de preservar os direitos autorais. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2353916. Acesso em: 5 fev. 2025.

COSTA NETTO, José Carlos**. Direito autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DENG, Jianyang; LEN, Yijia. **The Benefits and Challenges of ChatGPT: An Overview**. Future Computing and Information Systems, s.d. Disponível em: https://drpress.org/ojs/index.php/fcis/article/view/4465/4313. Acesso em: 16 jan. 2025.

GIACOMELLI, Louzada C F.; BRAGA, Prestes C.; ELTZ, Koury M F. **Direito autoral**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. E-book. p.15. ISBN 9788595023383. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595023383/. Acesso em: 04 fev. 2025.

JIANG, Yuchen; LI, Xiang; LUO, Hao; YIN, Shen; KAYNAK, Okyay. **Quo vadis artificial intelligence?** Discover Artificial Intelligence, v. 2, n. 4, 2022. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s44163-022-00022-8. Acesso em: 16 jan. 2025.

LEE, Kai-Fu; CHEN, Qiufan. **2041: Como a inteligência artificial vai mudar sua vida nas próximas décadas**. 1. ed. Tradução de Isadora Sinay. São Paulo: Globo Livros, 2022.

LUMINATE. DemocracIA: Percepções públicas sobre inteligência artificial e democracia em Argentina, Brasil, Colômbia e México. Dados encomendados ao Instituto Ipsos. 2024.

NETTO, José Carlos C. **Direito autoral no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.1. ISBN 9786553624634. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624634/. Acesso em: 05 fev. de 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Guia para a IA generativa na educação e na pesquisa. Paris: UNESCO, 2024. Disponível em: https://www.unesco.org/pt/open-access/cc-sa. Acesso em: 08 de fev. de 2025.

OPENAI. **Terms of service**. Disponível em: https://openai.com/pt-BR/policies/service-terms/. Acesso em: 19 jan. 2025.

OPENAI. **Terms of use**. Disponível em: https://openai.com/pt-BR/policies/terms-of-use/. Acesso em: 19 jan. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1119021-41.2023.8.26.0100. Ação Indenizatória. Uso Não Autorizado de Voz. Inteligência Artificial. Apelante: Igor Lott Zeger Belkind. Apelado: Associação dos Lojistas do Shopping Jardim Anália Franco. Relator: Min. José Carlos Costa Netto, 31 de outubro de 2024. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br. Acesso em: 06 de jan. de 2025.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil - 6ª Edição 2024**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.Capa. ISBN 9788530995492. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995492/. Acesso em: 17 jan. 2025.

THE JUDICIAL DECISION-MAKING: THE INFLUENCE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON THE EXERCISE OF JUDGES' JURISDICTIONAL FUNCTIONS IN PORTUGAL

A tomada de decisão judicial: a influência da inteligência artificial no exercício das funções jurisdicionais dos juízes em Portugal

Gonçalo Mota[1]

Instituto Politécnico de Viseu | JusGov

DOI: https://doi.org//10.62140/GM172616584

Summary: Introduction; 1. Artificial intelligence; 2. Judges' decision-making; 3. Artificial intelligence and judges' decision-making; Final considerations.

Abstract: Artificial intelligence (AI) offers mechanisms to support, transform and replace court decision-making, promising greater impartiality and efficiency in the management of justice. The news that, in Portugal, a panel of judges from a higher court had allegedly used an artificial intelligence platform to draft its judgement set the tone for this article, which seeks to reflect on what we consider to be the simplification of such a complex process as the decision-making of judicial judges, that was issued by the Superior Council of Judges in reaction to this news. Thus, this article provides a general and systematic overview the influence of artificial intelligence on judicial decision-making, exploring the concepts of AI, its limitations and methodological and theoretical implications for the decision- making process of the courts. The article concludes that the realization of justice depends on impartial, reasoned and verifiable decisions, requirements which AI systems are unable to ensure and that conflict with Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 203 of the Constitution of the Portuguese Republic which guarantee the right to an independent court, as

[1] PhD in Social Work (Inter-University Doctoral Program) from the Faculty of Psychology and Educational Sciences of the University of Coimbra and the Faculty of Human Sciences of the Portuguese Catholic University. Adjunct Professor at the Polytechnic Institute of Viseu - Lamego School of Technology and Management. Integrated researcher at the Research Centre for Justice and Governance of the University of Minho (Jugo). https://orcid.org/0000-0003-4027-157X

well as with Article 205 of the Constitution of the Portuguese Republic, Article 607(3) of the Code of Civil Procedure and Article 374(2) of the Code of Criminal Procedure, given the inexorable difficulty in reconstructing the path taken by the judge to justify the result of the decision.

Keywords: artificial intelligence; decision making; judges; justice.

Resumo: A inteligência artificial (IA) oferece mecanismos que permitem apoiar, transformar e substituir a tomada de decisão dos tribunais, prometendo uma maior imparcialidade e eficiência na gestão da justiça. A notícia de que em Portugal, um coletivo de juízes de um tribunal superior teria, alegadamente, recorrido a uma plataforma de inteligência artificial para redigir o seu acórdão, lançou o mote para a elaboração deste artigo que procura fazer uma reflexão sobre o que consideramos ser a simplificação de um processo tão complexo, como é o da tomada de decisão dos magistrados judiciais, proferida pelo Conselho Superior de Magistratura, em reação a esta notícia. Assim, este artigo realiza uma visão geral e sistemática sobre a influência da inteligência artificial na tomada de decisão judicial explorando os conceitos da IA, as suas limitações e implicações metodológicas e teóricas no processo de tomada de decisão dos tribunais. O artigo conclui que a realização da justiça depende de decisões imparciais, fundamentadas e sindicáveis, exigências, às quais, os sistemas de IA não conseguem dar resposta e que colidem com o previsto no artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e com o artigo 203.º da Constituição da República Portuguesa, que asseguram o direito a um tribunal independente, bem como com o determinado pelo artigo 205.º da Constituição da República Portuguesa, pelo n.º 3 do artigo 607.º do Código de Processo Civil e o n.º 2 do artigo 374.º do Código de Processo Penal, face à inexorável dificuldade em reconstituir o caminho realizado pelo julgador para a fundamentação do resultado da decisão.

Palavras-chave: inteligência artificial; tomada de decisão; juízes; justiça.

INTRODUCTION

On 24 November 2024, the Público newspaper reported that a decision made by the Lisbon Court of Appeal on a case involving suspicious contracts for services and goods at the Santa Casa da Misericórdia de Lisboa was being contested by the defense lawyers of one of the accused, who

claimed that the decision could have been produced by an artificial intelligence platform, considering the extent of the errors detected. The defenders claimed that the decision quotes legal articles that don't exist and that it is based on case law that doesn't correspond to the crimes on trial. To this interpretation is added the opinion of the lawyer of another defendant in this case, who claimed that the decision of the Lisbon Court of Appeal contains vices and that the text of the law was fictitious. The facts described by these lawyers are being analyzed in the complaints sent to this court, but there is no public knowledge as to whether the judges have decided yet.

This is the starting point to a reflection on the statements made by the Superior Council of the Judiciary in relation to this case, which emphasize that "judges have independence and autonomy in the exercise of their judicial functions, including in the selection of the sources they use to document and substantiate their decisions"[2]. The Superior Council of the Judiciary (SCJ) also explains that has never given any instructions on the use of artificial intelligence tools to judges subject to its disciplinary powers.

While it was thought for a long time that the challenges inherent in AI were still far from the Portuguese courts, the truth is that this is the first case that has achieved media significance, particularly because it involves a large private law and administrative public utility institution. This is the motto for understanding the extent from which the use of this type of platform can influence the decision-making process of judges and guarantee the regular exercise of judges' jurisdictional functions.

First, we will define what artificial intelligence is, then we will understand the decision-making process of judges and try to understand how artificial intelligence can influence the decision-making of the courts. Finally, we will draw our conclusions on the matter in question.

[2] HENRIQUES, Ana. Erros crassos em acórdão levam advogados a suspeitar de inteligência artificial. *Público*, Lisboa. 24 novembro. 2024.

1. ARTIFICAL INTELLIGENCE

AI can be defined as "the ability of a system to interpret external data correctly, learn from that data and use that learning to achieve specific goals or tasks through flexible adaptation"[3], which seeks to simulate human intelligence and reproduce its behavior through platforms and computer models, with a very low level of human intervention.

AI performance is related to three types of skills: cognitive intelligence, related to recognizing patterns and systematic thinking; emotional intelligence, related to adaptability, self-confidence and emotional self-esteem; and social intelligence, namely empathy and teamwork.[4]

Based on these three types of skills, the authors Kaplan and Haenlein (2019) categorize AI systems into three distinct groups: analytical AI in which AI platforms generate a cognitive representation of the world and use learning based on past experience to make decisions; human-inspired AI whose systems can, in addition to the cognitive elements, understand emotions and take them into account in their decision-making; and humanized AI which has characteristics of all the types of skills described above and would be capable of being self-aware.

The first algorithms were mainly designed to analyze data, classify and predict, to make decisions, but they lacked the capacity to generate new content and had limited adaptability.[5] In fact, AI has enabled the development of techniques that make it possible to "create, autonomously and from past experience, a hypothesis, or function, capable of solving the problem to be

[3] KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, 2019, p. 15.

[4] *Ibid.*

[5] ZHOU, Shilun. Analysing the justification for using generative AI technology to generate judgments based on the virtue jurisprudence theory. *Journal of Decision Systems*, 2024, p. 1-24.

addressed"[6]. This is particularly true in case of machine learning (ML), which is a subset of AI that makes it possible to develop a new algorithm or model based on observing and analyzing the available data.[7] ML learns autonomously and adjusts its patterns using a method that goes beyond its own programmers, and some obscurity prevails about how these platforms arrive at certain solutions or decisions.[8]

Thus, AI uses external information obtained through the Internet of Things (devices equipped with sensors and software to collect and exchange data) or other sources of big data (large sets of data, updated frequently and in different formats) and identifies rules and patterns underlying the data through ML models.[9]

In this way, ML is considered a learning technique that allows machines to generate algorithms capable of learning from data and making predictions about it autonomously.[10] Learning does not refer to the cognitive processes involved in human learning, but rather to the ability to change behavior through experience over time.[11]

The reality is that in recent years, the use of ML has become increasingly popular and is being used in decision-making, particularly in

---

[6] GAMA, João. *Extração de conhecimento de dados*. Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.10.

[7] ANGRA, Sheena; AHUJA, Sachin. Machine learning and its applications: A review. In: *2017 International Conference on Big Data Analytics and Computational Intelligence*. IEEE, 2017. p. 57-60.

[8] DEEKS, Ashley. The judicial demand for explainable artificial intelligence. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 7, 2019, p. 1829-1850.

[9] KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, 2019, p. 15-25.

[10] AGUIAR-PÉREZ, José Manuel; PÉREZ-JUÁREZ, Miguel Ángel; ALONSO-FELIPE, María; DEL-POZO-VELÁZQUEZ, Jesús; ROZADA-RANEROS, Sergio; BARRIO-CONDE, María. Understanding machine learning concepts. In: *Encyclopedia of Data Science and Machine Learning*. Hershey, PA: IGI Global, 2023. p. 1007-1022.

[11] SCHERER, Maxi. Artificial intelligence and legal decision-making: the wide open? *Journal of International Arbitration*, v. 36, n. 5, 2019, p. 539-573.

critical contexts, and the availability of data and the remarkable advance in technologies have led to the development of deep learning (DL) models, which, as a subset of AI and a branch of machine learning, has its roots in conventional neural networks and clearly surpasses all the models that existed until then.

Thus, deep learning involves the use of algorithms structured in a similar way to the logical processes of the human brain, known as artificial neural network.[12] DL systems can learn to make decisions autonomously, just like the human brain that can automatically extract the representation of data from different images through vision and then communicate its result by classifying the observed objects.[13]

Therefore, while a simple ML model needs the intervention of a human being to make certain corrections in the event of a wrong prediction, the DL model can make this decision itself, using an artificial neural network, in which each layer of the network is programmed to filter a certain type of data from a much larger set, thus allowing an understanding of these elements, which is a more advanced learning process. However, the use of ML and DL systems would allow natural language processing (NLP) to be perfected as an operation that understands and processes human language, making it possible for intelligent systems to communicate through this language and allowing this technology to be transferred to the everyday lives of ordinary people, and can be used in a variety of contexts, whether through chatbots, virtual assistants or translation programs.

NLP thus seeks to provide computer systems with the ability to understand and interpret written and spoken language, reflecting the

[12] JOSE, Jayaron; JOSE, Blessy. Educators' Academic Insights on Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities. *Electronic Journal of e-Learning*, v. 22, n. 2, 2024, p.60.

[13] POUYANFAR, Samira et al. A survey on deep learning: Algorithms, techniques, and applications. *ACM Comput. Surv. (CSUR)*, v. 51, 2018, p. 1-36.

competences observed in human cognition.[14] The main objectives of this technology are to guarantee the possibility of interpreting and analyzing data related to human language through advanced algorithms and tools that involve performing complex tasks around understanding syntax, semantics, discourse analysis and pragmatics.

The biggest transformation based on NLP, ML and DL has been the development of Large Language Models (LLM) such as OpenAI's ChatGPT, a generative artificial intelligence (GenAI) system designed for human-like conversational and text generation tasks.[15]

GenAI-based tools are therefore characterized by their degree of autonomy and the ability to produce completely new content, including images and videos, using large data sets.[16]

From the complexity inherent in the multiple sources of AI, we highlight its autonomous and adaptive nature, which is fundamental for its application in various domains, particularly in the judicial system, and which makes AI systems particularly interesting in uncertain environments, where they can help to find personalized solutions and promote decision-making adapted to the specific case.

2. JUDGES' DECISION-MAKING

Although the decision-making of judges is a particularly challenging object of study, it goes beyond legal regulations and the obligation of judges to make their decisions intelligible. It is necessary to carefully observe "the creation that will always exist between analyzing the content of the norm and

[14] CHAUDHARY, Beenish; COVARRUBIA, Patricia; NG, Gar Yein. The judge, the AI, and the Crown: a collusive network. *Information & Communications Technology Law*, v. 33, n. 3, 2024, p.340.

[15] Ibid.

[16] ZHOU, Shilun. Analysing the justification for using generative AI technology to generate judgments based on the virtue jurisprudence theory. *Journal of Decision Systems*, 2024, p. 1-24.

the concrete case; the use of a methodology with a performative character, materially constitutive and creative of the Law, encompassing the legislator's prescription and judicial activity".[17]

The need for judges to explain how they decided and on what facts they based their decision, is closely related to what legal science calls legal formalism and legal realism. Legal formalism is based on the doctrine that a judge makes decisions according to the law and the facts[18], and is also considered an impersonal and apolitical exercise, in the sense that most judicial decisions result from a neutral application of rules that are applied according to the facts that are proven.[19]

On the other hand, legal realism presupposes that when judges make decisions, they are not limited to what is described in the law. In fact, this dimension ends up being related to the idea that legislation is incomplete and that there is room for decisions to be made that go beyond a simple exercise of applying rules, in which several factors beyond the application of the law contribute to the final decision, namely "individuality, the judge's intuition (premonition) and the peculiarities of the judgement process".[20]

This same perspective is reflected in the idea that judges believe they make decisions objectively and impartially and are not influenced by any

[17] FERNANDES, Noeli A realização do Direito através da sentença judicial devidamente fundamentada. In: BRONZE, Fernando; LINHARES, Aroso; MARQUES, Reis; GAUDÊNCIO, Ana (Coord.). *Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito*. Instituto Jurídico, 2016. p. 331

[18] SHEVCHUK, Vitalii; ZHAROVSKA, Halyna P. The Impact of extra-legal factors for decision-making process. *Ars Aequi*, 2021, p.64.

[19] POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

[20] SHEVCHUK, Vitalii; ZHAROVSKA, Halyna P. The Impact of extra-legal factors for decision-making process. *Ars Aequi*, 2021, p.64.

irrelevant circumstance, although it is true that decisions can be influenced by personal characteristics of the judge and other procedural subjects.[21]

This is an idea that, in fact, had already been shared by Richard Posner who stated that the act of judging is political and personal and that the personal attributes of judges "such as race and sex; personality traits, such as authoritarianism; and professional and life experiences, such as having been a prosecutor or having grown up in turbulent times - influence judging"[22]. Decision-making is a complex process that can be understood according to a dual system made up of intuitive reasoning (System 1) and analytical reasoning (System 2). On the one hand, intuitive thinking acts quickly and automatically, effortlessly and involuntarily; this is where sensations and feelings emerge without any effort. Analytical reasoning, on the other hand, is controlled and capable of carrying out complex mental tasks. The fact that System 1 generates standardized and complex ideas forces System 2, more slowly, to construct thoughts in an orderly manner and in stages, thus taking control of thinking, cancelling out the impulses and free associations of System 1.[23] The fact that intuitive responses can potentially be incorrect and therefore need to be corrected is perhaps the main factor that can lead people to think more negatively about System 1. But in fact, although intuitive reasoning can often give clues to incorrect intuitions, it also generates correct intuitions, in which case System 2 contributes to people being able to produce an adequate justification for their insights.[24]

---

[21] BERGIUS, My; ERNBERG, Emelie; DAHLMAN, Christian; SARWAR, Farhan. Are judges influenced by legally irrelevant circumstances? *Law, Probability and Risk*, v. 19, n. 2, 2020, p. 157-164.

[22] POSNER, *op. cit.* p.370.

[23] KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

[24] BAGO, Bence; DE NEYS, Wim. The Smart System 1: evidence for the intuitive nature of correct responding on the bat-and-ball problem. *Thinking & Reasoning*, v. 25, n. 3, , 2019, p. 257–299.

Thus, intuition is far from being considered irrational, as it is based on the human capacity to resort to past experiences as a way of finding the answers to new situations we face.[25] In fact, "rationality in judgements is a social requirement because judicial decision-making must be free of personal biases, values and preferences".[26]

In this way, the construction of decision-making is characterized by a two-way process, in that it starts from evidence to interpretation, but also from a provisional interpretation to evidence, until there is a coherent meaning that corresponds to the evidential standard, beyond any reasonable doubt. This is considered an adaptive mental process that allows decision-makers to make "reasonable choices although they full well know that their knowledge and understanding are incomplete".[27]

However, it is still considered a process that can be influenced by cognitive and emotional biases and is based on the idea that beliefs and expectations influence the way we think, namely because we tend to react negatively to information that doesn't coincide with our predefined ideas, because "we do not like having to spend the additional cognitive resources needed to reconcile disconfirming information or experiences".[28]

Despite judges' legal training and experience, several studies "show that they are no longer capable of solving cognitive or decision-making tasks,

[25] HELM, Duncan. Judgements or Assumptions? The Role of Analysis in Assessing Children and Young People's Needs. *The British Journal of Social Work*, v. 41, n. 5, p. 894–911, 2011.
[26] CASTRO-RODRIGUES, Andreia; SACAU, Ana. Sentence pronouncements: What judges say when sentencing. *European Journal of Criminology*, v. 11, n. 3, 2014, p. 380

[27] ENGEL, Christoph. Judicial Decision-Making. A Survey of the Experimental Evidence. *MPI Collective Goods Discussion Paper*, n. 6, 24 ago. 2022. p.6

[28] McAULIFF, Bradley D.; BORNSTEIN, Brian H. Beliefs and expectancies in legal decision making: an introduction to the Special Issue. *Psychology, Crime & Law*, v. 18, n. 1, 2012. p.5

even those with legal content, such as when they have to ignore inadmissible evidence".[29]

In Portugal, the Article 205 of the Constitution of the Portuguese Republic states that court decisions that are not purely expedient must be substantiated in the manner provided by law. Article 5(1) and (2) of the Code of Civil Procedure (CCP) emphasize that it is the court's responsibility to assess the facts articulated by the parties, whether they are of an instrumental nature or complement or materialize what is alleged. Article 5(3) of the CCP states that "the judge shall not be bound by the allegations of the parties with regard to the enquiry, interpretation and application of the rules of law". As far as the decision is concerned, and once the investigation of the case is over, the judge must issue it, giving an account of the facts proven and the respective application of the legal rules, in accordance with his interpretation, applying Article 607(3) of the CCP. Observation of the validity of the judgement is carried out in accordance with article 615 of the CCP, which observes the grounds for nullity of the judgement handed down.

The article 374(2) of the Code of Criminal Procedure (CPP) is in line with the idea that the statement of reasons goes beyond listing the proven and unproven facts, that there should be as complete a statement as possible of the reasons, in fact and in law, that led to the court's conviction, pointing out the critical examination of the evidence that served as the basis for this statement of reasons.

Therefore, the reasoning and justification of why the judge decides the dispute should "consist of the rational explanation that allows understanding, clarifying the reason for the conclusion".[30]

---

[29] CASTRO-RODRIGUES, Andreia; SACAU, Ana, *op.cit.* p. 380.

[30] FERNANDES, Noeli A realização do Direito através da sentença judicial devidamente fundamentada. In: BRONZE, Fernando; LINHARES, Aroso; MARQUES, Reis; GAUDÊNCIO, Ana (Coord.). *Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito*. Instituto Jurídico, 2016. p. 331

The desire to build a decision with precision and efficiency has found mechanisms in computer science, and more specifically in AI, that make it possible to support or replace the decision making of the courts through the adoption of systems that seek to surpass the judges themselves, and it is certain that this type of technology affects and will affect the judicial context across the board in the future.

3. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND JUDGES' DECISION-MAKING

The unique characteristics of the law field present a challenge for the development of AI models. The fact that legal reasoning is complex and multimodal, involving norms and principles related to concrete cases rules, as well as the need to observe standards of reasoning and the ability to provide documentary support for case law, present an unavoidable challenge for the introduction of AI across the board in this area. Added to this reality is the fact that the law field has a self-critical and self- aware dimension, which implies a variability of discussions that involve conflicting jurisprudential institutes and require evidently differentiated knowledge.[31]

AI promises to provide data processing resources that improve judicial efficiency, in addition to overcoming human limitations related to emotions, memory and knowledge, with a view to moving from a decision-making support function to that of a fully independent judgement.[32]

In fact, the development of this technology could transform the daily life of the courts by providing support and advice to people involved in the justice system, particularly through virtual assistants and chatbots, but also by

[31] SIL, Riya ALPANA; ROY, Abhiskek. A Review on Applications of Artificial Intelligence Over Indian Legal System. *IETE Journal of Research*, v. 69, 2021, p. 6029-6038.

[32] HUANG, Huiyao. Applications of Generative Artificial Intelligence in the Judiciary: The Case of ChatGPT. *International Journal of Multiphysics*, v. 18, n. 2, 2024.

making it possible to replace functions and activities carried out by humans and change the way judges work and decide.[33]

Thus, legal software can be made available that helps predict the outcome of a case based on certain parameters, also supported by documentary databases, which in addition to allowing better and faster legal analysis and research, can predict the estimated time for a case that is assigned to a particular judge, even before the trial begins.[34]

Tools based on generative AI may have the greatest impact on judicial decision- making, particularly at an individual and organizational level. Thus, legal professionals, as well as other procedural subjects, can use GenAI to gain a better understanding of the legal framework of a given case and to access legal advice that can even assess the likelihood of success or failure and the risk of more or less litigation in a given case. At an organizational level, this technology makes it possible to reduce the costs associated with legal analysis and save time, as well as establishing itself as a decision-making support for judges. Thus, as AI develops, "AI-based generative tools are increasingly capable not only of advising on opinions and judgements, but also of generating judgements directly for judges".[35]

Therefore, artificial intelligence seeks to imitate legal reasoning for decision-making, with the main technical challenge being to train AI's ability to understand semantics and reduce the gap between computer and natural languages. In fact, regardless of advances in technology, the challenge in operationalizing artificial intelligence lies in copying the human mental process for dealing with information, which is still dependent on "judicial

[33] SOURDIN, Tania. Judge v Robot? : Artificial intelligence and judicial decision-making. *University of New South Wales Law Journal*, v. 41, n. 4, 2018, p. 1114-1133.

[34] SIL, Riya ALPANA; ROY, Abhiskek. A Review on Applications of Artificial Intelligence Over Indian Legal System. *IETE Journal of Research*, v. 69, 2021, p. 6029-6038.

[35] ZHOU, Shilun. Analysing the justification for using generative AI technology to generate judgments based on the virtue jurisprudence theory. *Journal of Decision Systems*, 2024, p.4

syllogistic reasoning and analogical reasoning, which are fundamental to its operation".[36]

The transformative impact of GenAI, and in particular LLMs such as ChatGPT, has generated significant attention for revealing great potential to amplify judges' capabilities in formulating judicial decisions, far beyond processing a considerable amount of data and summarizing documents efficiently, representing support for judges' jurisdictional functions and challenging conventional approaches to decision- making.

However, the optimistic view of the technological development of platforms such as ChatGPT clashes with the risks that accompany it, namely the characteristics and flaws inherent in this type of technology when it creates information that appears to be correct, but is in fact completely false or invented either because of the inability to often guarantee the quality of the data used, or because of the opacity of the algorithms during the decision-making process.[37]

The ethical concerns that underlie the use of AI include the inability to guarantee the fairness of judgement, insofar as these platforms end up operating according to predefined algorithms and standards focused on considerations based on publicly available data that serve to train these models, unlike human judges, who consider a series of emotional, social and ethical factors in their decision-making.[38]

If a judge needs to have legal knowledge and experience in order to decide, for ChatGPT that knowledge and experience comes from providing data.

---

[36] HUANG, *op. cit.*

[37] HUANG, Huiyao. Applications of Generative Artificial Intelligence in the Judiciary: The Case of ChatGPT. *International Journal of Multiphysics*, v. 18, n. 2, 2024

[38] FARFÁN INTRIAGO, Jorge Luis; FARFÁN LARGACHA, Jorge Asdrúbal; FARFÁN LARGACHA, Beatriz; NÚÑEZ VERA, Juan Pablo. Inteligencia artificial y Derecho: ¿La justicia en manos de la IA? *Frónesis*, v. 30, n. 2, 2023.

So, judicial decision-making can be carried out according to syllogistic reasoning, which forms a conclusion from a major premise (legal norms) and a minor premise (facts of the case). However, the minor premise depends on the integration of new and pre-existing data. On the other hand, the common law system, which forms conclusions through analogue reasoning, compares the current case with previous ones. Both systems depend on the supply of data, the quality of which depends on who is inputting it and "using biased data to train algorithms can lead to deeper algorithmic biases and a range of problems, such as algorithmic discrimination", potentially generating biased decision-making.[39]

Thus, the way in which an algorithm arrives at its results and the difficulty in understanding this process can jeopardize the realization of justice and people's trust in the courts.

The development of explainable AI (XAI) has sought to make the decision-making processes of these platforms more transparent in order to reduce the risk of bias, concerns that are actually part of a broader perspective, particularly within the European Union, which has materialized, in particular, in the European Charter of Ethics on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems. These guidelines stipulate that the use of AI by judges must produce results that are explainable, guaranteeing the possibility of supervision of these systems by their users.[40]

This fast development of artificial intelligence in the area of justice has a promising potential. However, in the face of the promise of greater judicial efficiency, the legal and ethical challenges must not be ignored, as well as the necessary guarantee of transparency for the realization of justice, which is intended to be far removed from the idea of arbitrariness.

---

[39] HUANG, *op. cit.* p.410.

[40] ZHOU, Shilun. Analyzing the justification for using generative AI technology to generate judgments based on the virtue jurisprudence theory. *Journal of Decision Systems*, 2024, p. 1-24.

FINAL CONSIDERATIONS

The judicial decision presupposes the interpretation of the law and the objectification of a meaning, in order to make it comprehensible, far beyond simple cognition and the manifestation of the judge's will, as it should have the objective of realizing justice.

In fact, AI systems promise a fast decision-making, because by being trained on large data sets, they can make more accurate predictions about the eventual outcome of the cases being analyzed. However, one of the risks associated with the use of AI in the judicial process is the opacity of the algorithms, which makes it difficult to understand how decisions are made, calling into question the issues of control and scrutiny of the judge's rationality through critical questioning of the solution presented.

Thus, the SCJ's statements, which focus on the independence and autonomy of the selection of sources by judges in order to document and substantiate their decisions in the exercise of their judicial functions, seem to overlook the importance of making understandable a decision that has allegedly been the subject of intervention by an AI system.

We believe that the reflection should center on the fact that the SCJ believes it is possible, given the facts presented in this specific case, to use artificial intelligence in the decision-making process, jeopardizing the guarantee of the judge's independence, which immediately conflicts with Article 10 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 203 of the Portuguese Constitution, namely due to the impossibility of guaranteeing the independence of the decision due to the opacity of the AI systems' algorithms and the difficulty in reconstructing the path taken by the judge to justify the outcome of the decision, as determined Article 205 of the Constitution of the Portuguese Republic, Article 607(3) of the CCP and Article 374(2) of the CPP.

The realization of the law does not presuppose a logical-formal rationality, reduced to the interpretation of a set of rules and based on mere deductions; it is dependent on practical considerations of an evaluative and emotional nature, to which AI systems are unable to respond in order to guarantee the fulfilment of the assumptions of independence and autonomy in the exercise of judges' jurisdictional functions.

REFERENCES

AGUIAR-PÉREZ, José Manuel; PÉREZ-JUÁREZ, Miguel Ángel; ALONSO-FELIPE, María; DEL-POZO-VELÁZQUEZ, Jesús; ROZADA-RANEROS, Sergio; BARRIO-CONDE, María. Understanding machine learning concepts. In: *Encyclopedia of Data Science and Machine Learning*. Hershey, PA: IGI Global, 2023. p. 1007-1022.

ANGRA, Sheena; AHUJA, Sachin. Machine learning and its applications: A review. In: *2017 International Conference on Big Data Analytics and Computational Intelligence*. IEEE, 2017. p. 57-60.

BAGO, Bence; DE NEYS, Wim. The Smart System 1: evidence for the intuitive nature of correct responding on the bat-and-ball problem. *Thinking & Reasoning*, v. 25, n. 3, p. 257–299, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1080/13546783.2018.1507949.

BERGIUS, My; ERNBERG, Emelie; DAHLMAN, Christian; SARWAR, Farhan. Are judges influenced by legally irrelevant circumstances? *Law, Probability and Risk*, v. 19, n. 2, 2020. p. 157-164.

CASTRO-RODRIGUES, Andreia; SACAU, Ana. Sentence pronouncements: What judges say when sentencing. *European Journal of Criminology*, v. 11, n. 3, 2014, p. 379-397.

CHAUDHARY, Beenish; COVARRUBIA, Patricia; NG, Gar Yein. The judge, the AI, and the Crown: a collusive network. *Information & Communications Technology Law*, v. 33, n. 3, 2024, p. 330-367.

DEEKS, Ashley. The judicial demand for explainable artificial intelligence. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 7, 2019, p. 1829-1850.

ENGEL, Christoph. Judicial Decision-Making. A Survey of the Experimental Evidence. *MPI Collective Goods Discussion Paper*, n. 6, 24 ago. 2022.

FARFÁN INTRIAGO, Jorge Luis; FARFÁN LARGACHA, Jorge Asdrúbal; FARFÁN LARGACHA, Beatriz; NÚÑEZ VERA, Juan Pablo. Inteligencia artificial y Derecho: ¿La justicia en manos de la IA? *Frónesis*, v. 30, n. 2, 2023.

FERNANDES, Noeli. A realização do Direito através da sentença judicial devidamente fundamentada. In: BRONZE, Fernando; LINHARES, Aroso; MARQUES, Reis; GAUDÊNCIO, Ana (Coord.). *Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito*. Instituto Jurídico, 2016, p. 309-333.

GAMA, João. *Extração de conhecimento de dados*. Lisboa: Edições Sílabo, 2017.

HENRIQUES, Ana. Erros crassos em acórdão levam advogados a suspeitar de inteligência artificial. *Público*, Lisboa. 24 novembro. 2024.

HELM, Duncan. Judgements or Assumptions? The Role of Analysis in Assessing Children and Young People's Needs. *The British Journal of Social Work*, v. 41, n. 5, p. 894–911, 2011. Disponível em: https://doi.org/10.1093/bjsw/bcr096.

HUANG, Huiyao. Applications of Generative Artificial Intelligence in the Judiciary: The Case of ChatGPT. *International Journal of Multiphysics*, v. 18, n. 2, 2024.

JOSE, Jayaron; JOSE, Blessy J. Educators' Academic Insights on Artificial Intelligence: Challenges and Opportunities. *Electronic Journal of e-Learning*, v. 22, n. 2, 2024, p. 59-77.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York, NY: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, v. 62, n. 1, 2019, p. 15-25.

McAULIFF, Bradley D.; BORNSTEIN, Brian H. Beliefs and expectancies in legal decision making: an introduction to the Special Issue. *Psychology, Crime & Law*, v. 18, n. 1, p. 1-10, 2012. Disponível em: https://doi.org/10.1080/1068316X.2011.641557.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POUYANFAR, Samira et al. A survey on deep learning: Algorithms, techniques, and applications. *ACM Comput. Surv. (CSUR)*, v. 51, 2018, p. 1-36.

SHEVCHUK, Vitalii; ZHAROVSKA, Halyna P. The Impact of extra-legal factors for decision-making process. *Ars Aequi*, 2021.

SCHERER, Maxi. Artificial intelligence and legal decision-making: the wide open? *Journal of International Arbitration*, v. 36, n. 5, p. 539-573, 2019. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/36.5/JOIA2019028.

SIL, Riya ALPANA; ROY, Abhiskek. A Review on Applications of Artificial Intelligence Over Indian Legal System. *IETE Journal of Research*, v. 69, 2021, p. 6029-6038.

SOURDIN, Tania. Judge v Robot?: Artificial intelligence and judicial decision-making. *University of New South Wales Law Journal*, v. 41, n. 4, 2018, p. 1114-1133.

ZHOU, Shilun. Analysing the justification for using generative AI technology to generate judgments based on the virtue jurisprudence theory. *Journal of Decision Systems*, p. 1-24, 2024. Disponível em: https://doi.org/10.1080/12460125.2024.2428999.

CRIANÇAS EM ADOÇÃO: DESAFIOS JURÍDICOS E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Bambini in adozione: sfide legali e applicazione dei diritti umani

Rita de Cassia Andriolli Bazila Peron[1]

UEM - Universidade Estadual de Maringá

Isabela Teixeira de Menezes Reino[2]

UEM - Universidade Estadual de Maringá

DOI: https://doi.org//10.62140/RPIR158410451

Sumário: Introdução: Breves considerações sobre a evolução do instituto da adoção no Direito das Famílias Brasileiro; Crianças e adolescentes acolhidos por tipo de acolhimento: família acolhedora; Crianças e adolescentes acolhidos por tipo de acolhimento: acolhimento institucional; Conclusão: análise das modalidades de acolhimento; Conclusão.

Resumo: O estudo analisa os desafios jurídicos enfrentados no processo de adoção no Brasil, considerando a efetivação dos direitos humanos das crianças em situação de acolhimento. A problemática central reside na disparidade entre as modalidades de acolhimento familiar e institucional, e seus impactos nos direitos e desenvolvimento das crianças e adolescentes. Utilizando metodologia qualitativa com abordagem dedutiva, o trabalho baseou-se em revisão bibliográfica não sistematizada e análise documental de

[1] Professora na UEM – Universidade Estadual de Maringá. Advogada. Doutora em Direito do trabalho, empresa, autonomia privada e tutela dos direitos na perspectiva europeia e internacional pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, revalidado pela USP. Mestre pela PUC-PR em Direito Econômico e Socioambiental. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, também pela PUC-PR. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. E-mail: ritabazila@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0247-2111.

[2] Professora e advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Centro de Ensino de Maringá - UniCesumar. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Email: advisabelamenezesreino@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0009-0006-6475-5930.

dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Os resultados evidenciam uma significativa discrepância numérica entre acolhimento familiar (2.060 indivíduos) e institucional (32.227), contrariando as diretrizes legais que priorizam o ambiente familiar. Observou-se também disparidades etárias e regionais na distribuição dos acolhidos. Conclui-se que, apesar dos avanços legislativos, persistem desafios na implementação efetiva do acolhimento familiar, demandando políticas públicas articuladas para superar as disparidades identificadas e garantir a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Adoção; Acolhimento; Direitos da criança e do adolescente; Políticas públicas.

Riepilogo: Lo studio analizza le sfide giuridiche affrontate nel processo di adozione in Brasile, considerando l'effettiva realizzazione dei diritti umani dei bambini in situazione di accoglienza. La problematica centrale risiede nella disparità tra le modalità di accoglienza familiare e istituzionale, e i loro impatti sui diritti e sullo sviluppo dei bambini e degli adolescenti. Utilizzando una metodologia qualitativa con approccio deduttivo, il lavoro si è basato su una revisione bibliografica non sistematizzata e un'analisi documentale dei dati del Sistema Nazionale di Adozione e Accoglienza. I risultati evidenziano una significativa discrepanza numerica tra accoglienza familiare (2.060 individui) e istituzionale (32.227), contrariamente alle linee guida legali che privilegiano l'ambiente familiare. Sono state osservate anche disparità di età e regionali nella distribuzione degli accolti. Si conclude che, nonostante i progressi legislativi, persistono sfide nell'implementazione effettiva dell'accoglienza familiare, richiedendo politiche pubbliche articolate per superare le disparità identificate e garantire la protezione integrale dei diritti dei bambini e degli adolescenti.

Parole chiave: Adozione; Accoglienza; Diritti dei bambini e degli adolescenti; Politiche pubbliche.

1. INTRODUÇÃO: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO DIREITO DAS FAMÍLIA BRASILEIRO

A evolução do instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro reflete as transformações sociais e os avanços na compreensão dos direitos da criança e do adolescente. Segundo Brauner e Aldrovandi (2010, p. 8), "a adoção passou por diversas modificações ao longo da história, sempre

buscando atender aos anseios da sociedade e às necessidades das crianças e adolescentes em situação de abandono".

Até a Constituição de 1988, filhos eram aqueles concebidos em uma relação matrimonial, que pressupunha um relacionamento heterossexual e formal, reconhecido civil e religiosamente, a estes era concedido o título de *filhos legítimos*. Todo filho fora do casamento, advindo de relação extraconjugal era tido como bastardo, ilegítimo e não gozava dos direitos sucessórios dos genitores.

De acordo com a doutrina da época, havia divisão entre as categorias de filhos ilegítimos, sendo elas: *filhos naturais*, aqueles cujos pais não tinham impedimento para casar, mas que não haviam contraído matrimônio; *filhos espúrios*, aqueles cujos pais tinham impedimento para casar, podendo ainda ser categorizados como *incestuosos*, filhos de pais parentes em linha reta ou *adulterinos*, filhos de relação extraconjugal, por último, filhos *sacrílegos*, quando um dos pais tinha realizado voto de castidade.

Os filhos por adoção e os socioafetivos, para a época do Código Civil de 1916, não eram considerados dignos de reconhecimento legislativo, portanto não possuíam respaldo jurídico para pleitear sobre seus direitos hereditários, sucessórios e menos ainda quanto ao reconhecimento da socioafetividade. A eles não cabia qualquer direito, nem mesmo o de ser considerado como filho, afinal, para na concepção tradicional da época eram apenas *adotivos*.

Com o advento da Constituição de 1988 e o princípio da isonomia em matéria de filiação, os filhos passaram a ser considerados iguais independente da sua forma de concepção, garantindo que todos fossem reconhecidos perante a lei garantindo a eles as prerrogativas tuteladas pelo direito de família. O Código Civil, visando dar continuidade na inteligência da Carta Magna, em seu art. 1.596 veda a discriminação entre filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, e de forma inovadora, o art.

1.603, determina que a filiação será estipulada pela certidão de nascimento registrada no Registro Civil.

A novidade legal trouxe amparo para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, pois desvincula a paternidade do laço biológico, demonstrando a prevalência do cuidado, da afetividade, do carinho e a posse de filho, que pressupõe, doutrinariamente três requesitos, *tractus:* tratamento dado pelos pais visando a assistência moral, material e intelectual; *nominatio:* utilização do nome da família e a *reputatio:* fama, exposição de relação de convivência de forma pública entre pai e filho (Silveira, 1971, p. 76).

Posteriormente, a Lei Nacional de Adoção (Lei nº 12.010/2009) trouxe novas modificações, buscando agilizar os processos de adoção e garantir o direito à convivência familiar. Fermentão e Garcia (2019, p. 15) ressaltam que "a Lei Nacional de Adoção reforçou a prioridade da manutenção da criança em sua família natural, estabelecendo a adoção como medida excepcional".

De forma mais recente e inovadora, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) introduziu alterações significativas no ECA, priorizando o acolhimento familiar sobre o institucional, especialmente para crianças de até três anos. Segundo Mota e Nunes (2021, p. 12), "o Marco Legal da Primeira Infância representa um avanço na proteção integral da criança, reconhecendo a importância crucial dos primeiros anos de vida para o desenvolvimento".

Esta evolução legislativa reflete uma progressiva mudança de paradigma, alinhando-se cada vez mais ao princípio do melhor interesse da criança, conceito cuja origem e desenvolvimento na jurisprudência americana são traçados por Kohm (2008). No contexto brasileiro, Sottomayor (2002 apud COLUCCI, 2014, p. 34) destaca que "o princípio do melhor interesse da criança tem se consolidado como vetor hermenêutico fundamental na interpretação e aplicação das normas relativas à infância e juventude".

A evolução do instituto da adoção no Brasil, conforme discutido por Brauner e Aldrovandi (2010), reflete uma progressiva mudança de paradigma no direito de família, alinhando-se cada vez mais ao princípio do melhor interesse da criança. Este princípio, cuja origem e desenvolvimento na jurisprudência americana são traçados por Kohm (2008), tem se consolidado como vetor hermenêutico fundamental na interpretação e aplicação das normas relativas à infância e juventude.

Fermentão e Garcia (2019) destacam a relação intrínseca entre o princípio do melhor interesse e a efetivação da dignidade da pessoa humana, conceito que deve nortear todas as decisões relativas ao acolhimento e à adoção. Este princípio e a proteção integral foram reconhecidos no ordenamento pátrio com a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989 e pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e deram ensejo para que as crianças e adolescentes fossem reconhecidos na relação familiar, deixando de estarem às margens das decisões parentais..

A perspectiva histórica apresentada por Maciel e Cruz (2021) sobre o abandono de crianças e a entrega para adoção oferece um contexto importante para compreender as raízes das atuais disparidades no sistema de acolhimento. A transição de um modelo baseado no abandono para um sistema que prioriza a entrega responsável e o acolhimento familiar reflete uma evolução significativa, ainda que incompleta, na proteção dos direitos da criança e do adolescente.

A importância do princípio do melhor interesse da criança nos processos de adoção e na garantia do direito fundamental à família substituta (Matos, 2012). Esta perspectiva reforça a necessidade de priorizar o acolhimento familiar sobre o institucional, especialmente considerando as disparidades etárias observadas: 32,8% dos acolhidos em famílias são crianças na primeira infância, enquanto 30,2% dos institucionalizados são adolescentes entre 14 e mais de 16 anos.

Carlson (2010/11), ao discutir a busca por melhores interesses das crianças através de uma nova lei internacional de adoção, fornece uma perspectiva global que pode informar as políticas brasileiras, especialmente no que diz respeito à promoção do acolhimento familiar e à redução da institucionalização prolongada.

A evolução histórica da entidade familiar e seus efeitos jurídicos, abordada por Mota e Nunes (2021), contextualiza as mudanças nas concepções de família que influenciam as políticas de acolhimento e adoção. Esta perspectiva é crucial para compreender e superar as resistências ao acolhimento familiar de adolescentes, evidenciadas pela expressiva concentração deste grupo em instituições.

Por fim, a construção teórica e aplicação prática do princípio do melhor interesse da criança no direito brasileiro, discutidas por Sottomayor (2002) e Colucci (2014), oferecem um arcabouço conceitual para avaliar criticamente as disparidades observadas no sistema de acolhimento e propor soluções alinhadas com os direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

Esta integração teórica e histórica ressalta a urgência de políticas públicas articuladas que promovam efetivamente o acolhimento familiar em todas as faixas etárias, alinhando-se aos princípios constitucionais e às diretrizes internacionais de proteção aos direitos humanos da criança e do adolescente.

2. CRIANÇAS E ADOLESCENTES ACOLHIDOS POR TIPO DE ACOLHIMENTO: FAMÍLIA ACOLHEDORA

Pela Lei 12.010/2009 conhecida como Nova Lei de Adoção n. 113.509/2017, que geraram diversas alterações no ECA, restou esclarecido que, no Brasil, a adoção somente é considerada legal quando o todo procedimento é realizado pelas varas da infância e da juventude, visando

assegurar os direitos das crianças e adolescentes, da família de origem e também dos adotantes.

Os processos ocorridos no âmbito familiar geram diversos relatórios com dados colhidos no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, portanto, com o cruzamento dessas informações, o Conselho Nacional de Justiça elaborou um painel analítico em forma de fluxograma que contem os índices de adoção no Brasil por diversos filtros. Serão analisados de forma descritiva apenas os dados que competem aos objetivos desta pesquisa.

Relevante pontuar que os dados foram coletados em data de vinte e quatro de março de dois mil e vinte e cinco (24/03/2025) e nesta data verificava-se 34.331 crianças e adolescentes acolhidos, 5.084 para adoção e 5.942 em processo de adoção. O sistema do SNA é alimentado e atualizado constantemente de acordo com as informações prestadas nos diversos servidores do qual se alimenta, portanto os números apresentados estão em constante transformação.

Os dados estatísticos constantes no painel são sistematizados mediante representações gráficas, observando-se os seguintes parâmetros classificatórios: distribuição geográfica regional e estadual, composição étnico-racial, vinculação fraternal, estratificação etária, identidade de gênero, período de institucionalização, acometimento por enfermidades infectocontagiosas, condição de pessoa com deficiência e quadro nosológico geral. A interface analítica possibilita a interatividade e dinamicidade na apresentação das especificidades selecionadas, tendo-se por escopo, no presente estudo, a análise pormenorizada dos dados gerais concernentes aos critérios de regionalização, composição étnico-racial, estratificação etária, identidade de gênero e temporalidade do acolhimento institucional.

O total de crianças acolhidas por famílias acolhedoras no país é de 2.060. Por *região* o número de crianças acolhidas por família acolhedora é: Centro Oeste (122); Nordeste (237); Nordeste (100); Sudeste (651); Sul (950).

Quanto à *etnia*: Preta (7,1%) = 147; Branca (21,9%) = 452; Parda (27,7%) = 570 e Não Informada (42,7%) = 880. No que diz respeito ao *gênero*: Feminino (52,9%) = 1.006; Masculino (47,1%) = 897. Quanto ao *tempo de acolhimento*: Até 6 meses (876), De 6 meses a 1 ano (491), De 1 a 2 anos (374); De 2 a 3 anos (95) e Acima de 3 anos (65). No que se refere a *faixa etária*: Até 2 anos (420); De 2 a 4 anos (257); De 4 a 6 anos (242); De 6 a 8 anos (178); De 8 a 10 anos (170); De 10 a 12 anos (151); De 12 a 14 anos (166); De 14 a 16 anos (154) e Maior de 16 anos (160) (SNA, 2025)[3].

A análise dos dados extraídos do Sistema Nacional de Adoção (SNA) referente-se aos anos de 2019 até a data de 24/03/2025 e revela um panorama significativo acerca da distribuição e características das crianças e adolescentes em acolhimento familiar no Brasil, totalizando 2.060 indivíduos sob esta modalidade protetiva.

No que concerne à distribuição geográfica, observa-se uma expressiva concentração nas regiões Sul e Sudeste, que conjuntamente abrigam 77,7% do total de acolhidos, sendo 950 e 651 casos, respectivamente. Este dado sugere uma possível disparidade na implementação e efetivação dos programas de acolhimento familiar entre as regiões brasileiras, evidenciando a necessidade de fortalecimento desta política pública nas regiões Centro-Oeste (122), Nordeste (237) e Norte (100).

Quanto ao aspecto étnico-racial, destaca-se um dado preocupante: 42,7% dos registros (880 casos) não apresentam informação sobre a etnia dos acolhidos, o que pode indicar uma fragilidade no sistema de cadastramento e acompanhamento. Entre os casos com registro étnico-racial, predominam crianças e adolescentes pardos (27,7%) e brancos (21,9%), seguidos por pretos

[3] Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall. Acesso em: 24 março de 2025.

(7,1%), configuração que demanda atenção quanto à representatividade racial no sistema de acolhimento.

A distribuição por gênero apresenta relativo equilíbrio, com discreta predominância do sexo feminino (52,9%) em relação ao masculino (47,1%). No tocante à temporalidade do acolhimento, verifica-se que 66,4% dos casos (1.367 acolhidos) encontram-se dentro do prazo legal de 18 meses estabelecido pelo artigo 19, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), distribuídos entre períodos de até 6 meses (876) e de 6 meses a 1 ano (491). Contudo, merece especial atenção o contingente de 160 casos que ultrapassam o prazo legal, especialmente os 65 que permanecem em acolhimento por período superior a 3 anos, situação que pode configurar violação ao princípio da provisoriedade do acolhimento.

A estratificação etária revela uma distribuição relativamente equilibrada, com maior concentração nas faixas iniciais - 420 crianças de até 2 anos e 257 entre 2 e 4 anos. Este dado é particularmente relevante considerando que a primeira infância constitui período crucial para o desenvolvimento psicossocial, demandando especial proteção do Estado.

Conclui-se que, não obstante os avanços na implementação do acolhimento familiar como alternativa à institucionalização, persistem desafios significativos, especialmente quanto à distribuição regional dos serviços, ao registro adequado de dados étnico-raciais e à observância dos prazos legais de acolhimento. Tais aspectos demandam aprimoramento das políticas públicas e do sistema de monitoramento, visando à efetiva garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes em situação de acolhimento, em consonância com os princípios da proteção integral e do melhor interesse preconizados pelo ordenamento jurídico pátrio.

3. CRIANÇAS E ADOLESCENTES ACOLHIDOS POR TIPO DE ACOLHIMENTO: ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

Quanto ao acolhimento institucional, soma-se um total de 32.227 e será coletado os dados a partir dos mesmos critérios mencionados no item anterior. Por *região* o número de crianças acolhidas por instituições: Centro Oeste (2.391); Nordeste (4.603); Nordeste (1.533); Sudeste (15.829); Sul (7.836). Quanto à *etnia*: Preta (8%) = 2.566; Branca (15,3%) = 4.910; Parda (26,9%) = 8.663 e Não Informada (49,1%) = 15.816. No que concerne ao *gênero*: Feminino (51%) = 16.408; Masculino (49%) = 15.783. Quanto ao *tempo de acolhimento*: Até 6 meses (13.101), De 6 meses a 1 ano (7.530), De 1 a 2 anos (6.193); De 2 a 3 anos (2.897) e Acima de 3 anos (2.416). Extrai-se da *faixa etária*: Até 2 anos (3.487); De 2 a 4 anos (2.672); De 4 a 6 anos (2.813); De 6 a 8 anos (2.853); De 8 a 10 anos (3.068); De 10 a 12 anos (3.411); De 12 a 14 anos (4.116); De 14 a 16 anos (4.690) e Maior de 16 anos (5.060) (SNA, 2025)[4].

A análise dos dados extraídos do Sistema Nacional de Adoção (SNA) referentes ao acolhimento institucional revela um cenário expressivo, com 32.227 crianças e adolescentes sob esta modalidade de proteção, número significativamente superior ao observado no acolhimento familiar.

No que tange à distribuição territorial, evidencia-se uma acentuada concentração nas regiões Sudeste e Sul, que conjuntamente abrigam 73,4% do total de acolhidos institucionalmente (15.829 e 7.836 casos, respectivamente). Esta disparidade regional suscita questionamentos acerca da equidade na distribuição dos serviços de acolhimento institucional, bem como sobre a efetividade das políticas públicas nas regiões Centro-Oeste (2.391), Nordeste (4.603) e Norte (1.533).

Quanto ao perfil étnico-racial, constata-se uma problemática significativa relacionada à qualidade do registro de dados, uma vez que 49,1%

[4] Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=e78bd80b-d486-4c4e-ad8a-736269930c6b&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel&select=clearall. Acesso em: 24 março 2025.

dos casos (15.816) não apresentam informação sobre a etnia dos acolhidos. Dentre os registros existentes, observa-se predominância de crianças e adolescentes pardos (26,9%) e brancos (15,3%), seguidos por pretos (8%), configuração que demanda reflexão sobre possíveis vulnerabilidades sociais específicas e políticas afirmativas necessárias.

A distribuição por gênero apresenta-se relativamente equilibrada, com discreta predominância do sexo feminino (51%) em relação ao masculino (49%). No que concerne à temporalidade do acolhimento, verifica-se que 63,7% dos casos (20.631 acolhidos) encontram-se dentro do prazo legal de 18 meses estabelecido pelo artigo 19, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, destaca-se com preocupação o expressivo número de 5.313 casos que excedem este prazo legal, dos quais 2.416 permanecem institucionalizados por período superior a 3 anos, configurando potencial violação ao princípio da excepcionalidade e provisoriedade do acolhimento.

A estratificação etária revela uma tendência crescente de institucionalização conforme o avanço da idade, com maior concentração nas faixas etárias superiores: 4.690 adolescentes entre 14 e 16 anos e 5.060 maiores de 16 anos. Este dado é particularmente preocupante, pois sugere dificuldades na efetivação do direito à convivência familiar para adolescentes, seja por meio da reintegração familiar ou da colocação em família substituta.

Em análise comparativa com o acolhimento familiar, observa-se que o acolhimento institucional ainda representa a modalidade predominante de proteção, com proporção aproximada de 15:1. Esta constatação contraria a diretriz estabelecida pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) e pelo próprio ECA, que priorizam o acolhimento familiar em detrimento do institucional.

Conclui-se que os dados apresentados evidenciam desafios estruturais no sistema de acolhimento institucional brasileiro, demandando: (i) aprimoramento dos mecanismos de registro e acompanhamento; (ii)

fortalecimento das políticas de prevenção ao acolhimento prolongado; (iii) desenvolvimento de estratégias específicas para adolescentes; e (iv) expansão do programa de acolhimento familiar como alternativa à institucionalização. Tais medidas são essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, em consonância com os princípios constitucionais e as normativas internacionais de proteção aos direitos humanos.

4. CONCLUSÃO: ANÁLISE DAS MODALIDADES DE ACOLHIMENTO

A análise comparativa entre as modalidades de acolhimento revela um cenário que merece especial atenção do sistema de justiça e dos operadores das políticas públicas de proteção à infância e juventude. Enquanto o acolhimento familiar contempla 2.060 crianças e adolescentes, o institucional abrange 32.227 indivíduos, evidenciando uma disparidade que contraria frontalmente as diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente após as alterações promovidas pela Lei nº 12.010/2009 e pela Lei nº 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), estabelece expressamente a preferência pelo acolhimento familiar em relação ao institucional. Esta diretriz fundamenta-se no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, reconhecendo que o ambiente familiar, mesmo que provisório, proporciona condições mais adequadas ao desenvolvimento integral dos acolhidos.

A discrepância numérica observada (proporção de aproximadamente 15:1) revela a necessidade urgente de reordenamento do sistema de acolhimento brasileiro. O acolhimento familiar, ao proporcionar atendimento individualizado e ambiente doméstico, favorece a preservação e fortalecimento dos vínculos comunitários, o desenvolvimento da

sociabilidade e a construção de referências afetivas mais estáveis, aspectos fundamentais para o desenvolvimento psicossocial saudável.

Ademais, os dados evidenciam diferenças significativas quanto ao tempo de permanência nas duas modalidades. No acolhimento familiar, 66,4% dos casos (1.367 acolhidos) respeitam o prazo legal de 18 meses, enquanto no institucional este percentual é ligeiramente menor (63,7%). Mais preocupante ainda é a constatação de que 2.416 crianças e adolescentes permanecem institucionalizados por período superior a 3 anos, em contraposição a 65 casos no acolhimento familiar, sugerindo que esta última modalidade pode ser mais efetiva na promoção da provisoriedade da medida protetiva.

A análise etária também revela distinções importantes: enquanto o acolhimento familiar apresenta maior concentração nas faixas etárias iniciais (420 crianças até 2 anos), o institucional demonstra tendência inversa, com maior número de adolescentes (5.060 maiores de 16 anos). Esta configuração contraria especialmente o disposto no artigo 19, §3º do ECA, que estabelece prioridade absoluta ao acolhimento familiar para crianças de até 3 anos.

O princípio da convivência familiar e comunitária, constitucionalmente assegurado e reiterado pelo ECA, encontra maior possibilidade de efetivação no acolhimento familiar, onde a criança ou adolescente pode experimentar rotinas e vivências próprias do ambiente doméstico, diferentes da padronização característica das instituições. Esta experiência pode contribuir significativamente para o desenvolvimento de habilidades sociais e afetivas essenciais para sua formação.

Diante deste cenário, impõe-se a necessidade de implementação de medidas concretas para a expansão e fortalecimento dos programas de acolhimento familiar, incluindo: ampliação do investimento público na capacitação e suporte às famílias acolhedoras; desenvolvimento de campanhas de sensibilização e recrutamento de famílias; fortalecimento das equipes

técnicas responsáveis pelo acompanhamento dos acolhimentos; estabelecimento de protocolos mais eficientes para a transição entre as modalidades de acolhimento; criação de incentivos para municípios implementarem e expandirem programas de acolhimento familiar.

A superação do modelo predominantemente institucional representa não apenas uma adequação às diretrizes legais, mas principalmente a efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. O Estado brasileiro, em suas diferentes esferas, deve priorizar a implementação de políticas públicas que favoreçam esta transição, garantindo que o acolhimento familiar se torne, efetivamente, a principal resposta às situações que demandam o afastamento temporário do convívio familiar de origem.

Esta mudança de paradigma exige esforço conjunto do Poder Judiciário, Ministério Público, gestores públicos e sociedade civil, visando à construção de um sistema de proteção mais alinhado aos princípios da proteção integral e do superior interesse da criança e do adolescente, conforme preconizado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outro ponto que merece igual comento e se faz necessária análise comparativa entre o acolhimento institucional e o por família acolhedora é a estratificação etária entre as modalidades, que revela disparidades significativas que merecem especial atenção sob a perspectiva da proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No acolhimento familiar, observa-se uma distribuição mais equilibrada entre as faixas etárias, com predominância de crianças na primeira infância: 420 crianças até 2 anos, seguidas por 257 entre 2 e 4 anos, configurando 32,8% do total de acolhidos nesta modalidade. Esta configuração alinha-se às diretrizes estabelecidas pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) e pelo artigo 19, §3º do ECA, que priorizam o acolhimento familiar especialmente para crianças de até 3 anos.

Em contrapartida, o acolhimento institucional apresenta uma inversão desta lógica, com expressiva concentração nas faixas etárias superiores: 4.690 adolescentes entre 14 e 16 anos e 5.060 maiores de 16 anos, totalizando 30,2% dos acolhidos institucionalmente. Este cenário é particularmente preocupante quando se observa que apenas 3.487 crianças até 2 anos (10,8%) encontram-se em instituições, contrariando a prioridade legal estabelecida para esta faixa etária.

A disparidade na distribuição etária entre as modalidades suscita reflexões importantes, como a efetividade da Proteção na Primeira Infância. O ambiente familiar, mesmo que provisório, proporciona atenção individualizada, construção de vínculos afetivos significativos e experiências sociais mais próximas à realidade comunitária, elementos fundamentais para o desenvolvimento psicossocial saudável.

O acolhimento familiar demonstra maior capacidade de absorção de crianças e adolescentes conferindo um ambiente propício para o desenvolvimento tanto das relações pessoais quanto da própria personalidade, enquanto o ambiente institucional, por sua natureza coletiva e padronizada, tende a oferecer menos oportunidades para o desenvolvimento de habilidades sociais e da individualidade do ser humano. Ademais, institucionalização prolongada de adolescentes pode comprometer significativamente seu desenvolvimento socioemocional e suas perspectivas de construção de autonomia.

A superação do modelo predominantemente institucional representa não apenas adequação às diretrizes legais, mas principalmente a efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária. O Estado brasileiro, em suas diferentes esferas, deve priorizar a implementação de políticas públicas que favoreçam esta transição, garantindo que o acolhimento familiar se torne, efetivamente, a principal resposta às situações que demandam o afastamento temporário do convívio familiar de origem.

A análise das disparidades etárias entre as modalidades de acolhimento revela fragilidades sistêmicas que comprometem a efetivação dos direitos humanos de crianças e adolescentes. A predominância do acolhimento institucional, especialmente para adolescentes, demanda enfrentamento através de políticas específicas e articuladas, visando à gradual transição para um modelo que priorize efetivamente o acolhimento familiar em todas as faixas etárias.

A superação destas disparidades etárias entre as modalidades de acolhimento é fundamental para a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária em todas as faixas etárias. O desafio posto ao sistema de proteção é garantir que tanto crianças quanto adolescentes tenham acesso a um ambiente familiar acolhedor, capaz de proporcionar as condições necessárias ao seu desenvolvimento integral.

A predominância do acolhimento institucional para adolescentes revela uma fragilidade sistêmica que precisa ser enfrentada com políticas públicas específicas e articuladas, visando à gradual transição para um modelo que priorize efetivamente o acolhimento familiar em todas as faixas etárias, conforme preconizado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se que a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária demanda a superação das disparidades identificadas, mediante o fortalecimento do acolhimento familiar como política pública prioritária. Esta transição representa não apenas o cumprimento das diretrizes legais nacionais e internacionais, mas principalmente a garantia de proteção integral e desenvolvimento saudável para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, reafirmando o compromisso do Estado brasileiro com a promoção e proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O Instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro. Disponível em:<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/64.pdf>. Acesso em: 04. março. 2024

BARRETO, Luciano Silva. Evolução histórica e legislativa da família. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, n. 13 – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, v. 1, 2012

CALDERÓN, R.; TOAZZA, G. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: REPERCUSSÕES A PARTIR DO PROVIMENTO 63 DO CNJ. [s.l: s.n.]. Disponível em:<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Filia%C3%A7%C3%A3o%20Socioafetiva%20%20repercuss%C3%B5es%20a%20partir%20do%20prov%2063%20do%20CNJ%20-%20F%20-%20Calderon%20e%20Toazza%20-%20revisado.pdf>. Acesso em: 27 dev. 2024.

CARDIN, V. S. G.; WYSOSKI, A. M. Da Filiação Socioafetiva. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 9, n. 2, 2009.

COSTA, J. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Revista Jurídica (FURB), v. 13, n. 26, p. 127–140, 2009.

Custódio, A. V., & Katz, B. (2021). O RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. *Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, *9*(1), 64–102. https://doi.org/10.25245/rdspp.v9i1.892

FACHIN, Luiz Edson. Da Paternidade: Relação Biológica e Afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues, GARCIA, Patrícia Martins. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente como efetivador da dignidade da pessoa humana e vetor hermenêutico da autoridade parental. Dissertação – Centro Universitário de Maringá – UniCesumar, Programa de Pós Graduação Scrictu Sensu em Ciências Jurídicas. Maringá, 2019.

FRANCO, K. B.; JÚNIOR, M. E. Reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva e multiparentalidade: comentários ao Provimento no 63, de 14.11.17, do CNJ. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 17, p. 223–223, 4 out. 2018.

KOHM, Lynne Marie. Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence. Jornal of Law and Family Studies, v. 10, n. 2, 2008. Utah: University of Utah, p. 337-381. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1957143. Acesso em: 16 set. 2019.

LINS, Ana Paola de Castro e; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A hormonioterapia em adolescente diagnosticado com disforia de gênero como reflexo do direito ao desenvolvimento da personalidade. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: http://civilistica.com/a-hormonioterapia-em-adolescente/. Acesso em 20 nov. 2019. LOPES VENDRAMI, C. et al. [s.l: s.n.]. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2010/v38n6/a1515.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2024.

MACIEL, M. A., & Cruz, F. M. L. (2020). DO ABANDONO DE CRIANÇAS À ENTREGA PARA ADOÇÃO: ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGAIS. *Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, *8*(3), 491–519. https://doi.org/10.25245/rdspp.v8i3.805

MADALENO, Rolf. Filiação Sucessória. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/102.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2024.

MONTEIRO, Maria Eduarda Cremonezi. JUNIOR, Jesualdo Eduarda de Almeida. Reprodução Assistida - Homóloga e Heteróloga. Encontro de Iniciação Científica. 2018.

NOTAS SOBRE A FILIAÇÃO LÍVIA RONCONI COSTA Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Vila Velha/ES -UVV Membro do IBDFAM -Instituto Brasileiro de Direito de Família. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/artigos/Filia%C3%A7%C3%A3o%2027_12_2011.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2024.

SCHREIBER, A. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. web.bndes.gov.br, 1 set. 2016.

SILVEIRA, José dos Santos. Investigação de paternidade ilegítima: segundo a lei civil e processual civil em vigor. Coimbra: Atlântida Editora, 1971.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. 2002, p. 197, apud COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro.2014. 261 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) –Faculdade de Direito da Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, p. 34

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 50

VENDRAMI, C. L. et al. Cessão temporária de útero: aspectos éticos e ordenamento jurídico vigente. Femina, 2010.

WILSON, Robin Fretwell and Wilcox, William Bradford, Bringing Up Baby: Adoption, Marriage, and the Best Interests of the Child. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2006-28, William and Mary Bill of Rights Journal, Vol. 14, No. 3, pp. 883-908, February 2006, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=93045

SAFEGUARDING HUMAN RIGHTS IN THE AGE OF TECHNOLOGICAL PROGRESS*

Isabela Domingos[1]
Federal University of Santa Catarina

José Sergio da Silva Cristóvam[2]
Federal University of Santa Catarina

DOI: https://doi.org//10.62140/IDJC740339862

Summary: Introduction. 1. Corporate responsibility and AI: a human rights perspective. 2. AI and society: challenges and opportunities. 2.1 The Italian Constitution and the value of human dignity. 2.2 Transparency, ethics, and data protection in Brazil. Final remarks. References.

Introduction

The regulation of AI is a topic that has been widely debated in academic circles, given the impact of emerging technologies on human rights. Discriminatory algorithms pose a risk to ethics in business and public administration innovation, considering the need to promote greater

* The research was carried out with funding from CAPES - Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (Brazil).
[1] Doctoral candidate in Law at the Federal University of Santa Catarina (UFSC). Member of GEDIP/UFSC. E-mail: law.idgm@gmail.com
[2] PhD in Administrative Law from UFSC (2014), with a Sandwich Doctorate internship at the University of Lisbon, Portugal (2012). Adjunct Professor of Administrative Law in the Undergraduate Law Program and the Postgraduate Program in Law at the Federal University of Santa Catarina (Florianópolis, Santa Catarina, Brazil). Master's Degree in Constitutional Law from UFSC (2005). Coordinator of the Public Law Study Group at the Center for Legal Sciences of the Federal University of Santa Catarina (GEDIP/CCJ/UFSC). E-mail: jscristovam@gmail.com

transparency and explainability for a considered analysis of the risks and benefits of a given digital product or service.

This research aims to foster a critical awareness of the implementation of artificial intelligence systems and their impact on the protection of human rights. The first chapter explores the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948, as well as the Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), highlighting the responsibility of corporations in promoting human dignity. The methodology used is hypothetical deductive, using specialized doctrine in the areas of constitutional and administrative law, as well as consulting articles and reports on the subject.

1. Corporate responsibility and AI: a human rights perspective

The 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) [3] was responsible for the expansion of human rights principles in international treaties and inspired the drafting of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil to protect human dignity.

International human rights are an important tool for identifying, preventing and repairing historical inequalities imposed on vulnerable groups. With the advance of emerging technologies, especially to bring efficiency to production processes, as well as the implementation of Artificial Intelligence systems to offer products and services in the public and private spheres. However, it is necessary to be concerned about the current impacts of AI on the protection of human rights, for the protection of privacy, equality, algorithmic transparency and the principle of non-discrimination.

Human rights are guided by fundamental principles that are also enshrined in the constitutional systems of Brazil and Italy. The documents under discussion include the principle of universality, which stipulates that human rights apply to all individuals, regardless of their origin, nationality,

[3] UN. *Universal Declarations of Human Rights*. Available at: https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Accessed on: March 13, 2025.

social and economic status, ethnicity, gender and other factors. The principle of non-discrimination is therefore protected.

Technology companies have a fundamental role to play in protecting human rights, such as guaranteeing effective channels of communication with society, identifying the positive demands and risks of products and services, as well as ensuring that there is greater gender participation in the design of artificial intelligence systems to reduce discriminatory biases.

The Guiding Principles on Business and Human Rights, also known as the Ruggie Principles, were devised by John Ruggie and approved by the United Nations Human Rights Council in 2011. They are considered an important soft law instrument to address the obligations of companies and states in relation to human rights protection. The principles are based on three pillars: (i) States' duty to protect against human rights abuses; (ii) Companies' responsibility to respect human rights and prevent their economic activity from affecting the communities where they operate, thinking about strategic forms of protection, protection against discrimination, environmental protection, among others; (iii) Access to redress for individuals who are affected by violations. In this way, John Ruddie identified that the UNGPS principles are norms that strategically influence corporate policies and good business practices.[4]

From a gender perspective, the evolution of international human rights law can be seen as having evolved in favor of promoting equal opportunities in the formal labor market and seeking greater participation in politics and leadership positions, based on the principle of non-discrimination. This enables the implementation of policies aimed at safeguarding women against violations and promoting peace and human dignity. Moreover, public authorities are obligated to furnish sufficient support to combat gender-based violence and effectively repress these

[4] RUGGIE, John Gerard. *The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business & Human Rights*. Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2017. (Corporate Responsibility Initiative Working Paper No. 67).

criminal acts, as outlined in the commitments made by the signatory states of the United Nations (UN) treaties.[5]

States have been given the responsibility of safeguarding and promoting human rights, and companies and civil society are also committed to contributing to sustainable development, with a view to building a fairer and more equitable society. In this context, companies have not only legal duties, but also political and community roles, and are responsible for ensuring compliance with human rights standards in the places where they operate[6]. Inadequate disclosure of personal data by companies is a violation of human rights and occurs more frequently in regions with weak governance, where control and inspection mechanisms are insufficient to guarantee the protection of individuals.

In this scenario, Big Techs such as Amazon, Facebook and Google can be held responsible for using discriminatory algorithms that shape predictions and influence consumers, users and public opinion. These systems can reproduce existing prejudices, affecting the way information is distributed and consumed.

2. AI and society: challenges and opportunities

Although Italy does not have a specific regulation on the use of artificial intelligence, it is linked to the new European regulation on artificial intelligence. On May 21, 2024, the European Council approved the Regulation on Artificial Intelligence 2024/1689 (AI ACT), which aims to develop a single AI market for the sale of products and services in support of fundamental rights. In this way, it defines safe and reliable AI systems[7], whether in the

[5] VENTURINI, G. Diritto internazionale umanitario e diritti umani: una prospettiva di genere. In: DI STEFANO, Adriana; SAPIENZA, Rosario. La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale. Napoli: Scientifica, 2012, p. 93-114.

[6] KARP, David Jason. *Responsibility for human rights: Transnational corporations in imperfect states*. Cambridge University Press, 2014, p. 116-161.

[7] COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Artificial intelligence (AI) act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI*. Brussels, 2024. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/>. Accessed on: March 13, 2025.

private or public sphere, in order to respect the protection of European citizens' rights and encourage the ethical use of emerging technologies.

The problem is not just cognitive-behavioral manipulation, but the predictive use, for example, of biometric data to categorize specific issues such as race, religion or sexual orientation. To this end, the importance of transparency with the creation of strategic organizations: a) an AI office in the Commission to enforce common rules across the European Union; b) a Scientific Panel of independent experts; c) an AI Council with representatives of the Member States to advise and assist the Commission and the Member States in the coherent and effective application of the Artificial Intelligence Act. The new law also provides for the creation of regulatory testing environments for AI, in order to identify the risks of products and services before their adoption on the European market. [8]

The Artificial Intelligence (AI) regulation sets a limit on the levels of risk that are acceptable or not for AI systems. For example, the minimum risk is not subject to the obligations of the AI ACT, but companies must follow codes of conduct and good practices, such as spam filters, AI-based games, etc. As for limited risks, it should be noted that companies must clearly inform users about the interaction with the machine and whether the content was generated by AI.[9]

As far as high-risk AI systems are concerned, present in clinical and hospital data applications, human supervision and clear information to patients are required. However, when the risks are unacceptable[10] , given the

[8] For more information on this topic, see: COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Artificial intelligence (AI) act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI*. Brussels, 2024. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/>. Accessed on: March 13, 2025.

[9] COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Artificial intelligence (AI) act. The EU's AI act is the world's first law on artificial intelligence. It aims to ensure AI systems are safe, ethical and trustworthy.* 2025. Available at: <ttps://www.consilium.europa.eu/en/policies/artificial-intelligence/>. Accessed on: March 13, 2025.

[10] UN. *El Reglamento de Inteligencia Artificial entra en vigor.* Available at: <https://commission.europa.eu/news/ai-act-enters-force-2024-08-01_es>. Accessed on: March 13, 2025.

offense to human rights, these systems are therefore prohibited at European level.

2.1 The Italian Constitution and the value of human dignity

Article 3 of the Constitution of the Italian Republic states that all citizens have social dignity and are equal before the law[11], and therefore prohibits discrimination in all forms, such as based on sex, religion, race and socio-economic conditions. It is therefore the state's duty to remove barriers that limit citizens' freedom and equality, with the aim of promoting equal participation in society.

In relation to gender discrimination, particularly cases involving technology companies in the recruitment of job applicants. Art. 51 of the Italian Constitution establishes a commitment to equal opportunities for women and men in public office and elective positions, and it is the duty of the Italian Republic to adopt measures to promote material equality. As for the private sphere, art. 4 establishes the right to work for all citizens, providing for the possibility of measures to guarantee this commitment.

The Italian legislator guarantees the right to freedom and confidentiality, these rights are provided for in Article 15 of the Italian Constitution. The Personal Data Protection Code (Legislative Decree no. 196/2003)[12] reinforces this guarantee, stating in Article 1 that everyone has the right to protect their personal data. AI systems must respect fundamental rights such as privacy, personal identity and human dignity (Article 2).

---

[11] ITALY. Constitutional Court of the Italian Republic. (2023). *Constitution of the Italian Republic.* General Secretariat, Rome. Available at: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Constitution_of_the_Italian_Republic.pdf>. Accessed on: March 10, 2025.

[12] PARLAMENTO ITALIANO. *Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 "Codice in materia di protezione dei dati personali". pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123.* Available at: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Constitution_of_the_Italian_Republic.pdf>. Accessed on: March 13, 2025.

Legislative Decree no. 196/2003 has been updated to comply with the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR) 2016/679[13], with the aim of minimising the use of personal data information and implementing a new culture of data protection in Italy, both in the public and private sectors.

Failure to comply with the GDPR (EU) entails legal liability, including administrative fines that may reach up to 20 million euros for serious violations of fundamental rights, such as the processing of data revealing racial or ethnic origin, political ideology, religion, sexual orientation and among others.[14]

In Italy, the Court of Bologna ruled against an app company for using a discriminatory scoring system that disadvantaged workers and their earnings, without considering plausible justifications such as mobility difficulties and health issues.[15]

As a result of globalization, new social dilemmas arise, disruptive innovations bring efficiency to states and organizations, but on the other hand, there is a growing risk to fundamental rights. This imposes an obligation on states to improve their regulatory systems in the face of a constantly changing scenario and contemporary forms of human rights violations, ranging from unequal access to education and information to digital discrimination against vulnerable and marginalized groups.

To this end, in addition to imposing the necessary sanctions on companies to comply with the regulations of the countries in which they operate, there is a growing demand for greater civil society participation in the

---

[13] EU-LEX. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance.* Available at: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Accessed on: March 13, 2025.

[14]EUROPA. EU. *Reglamento general de protección de datos.* Available at: <https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_es.htm>. Accessed on: March 14, 2025.

[15] EUROFOUND. *Italian Court rules that the Deliveroo Algorithm Discriminates Workers (Court ruling), Record number 2271*, Platform Economy Database, Dublin. Available at: <https://apps.eurofound.europa.eu/platformeconomydb/italian-court-rules-that-the-deliveroo-algorithm-discriminates-workers-106121>. Accessed on: March 13, 2025.

oversight of new technologies[16]. This can be done through user feedback, using opinion channels directed at the governments and corporate compliance departments, promoting greater transparency and accountability.

In a similar situation, the Court of Palermo found that the selection system of a certain food delivery platform was discriminatory because it gave better job opportunities to workers with excellent ratings, to the detriment of those with health problems. In this way, the rewarded distribution workers were able to choose in advance vacancies in subsequent services. This meant that the disadvantaged workers had no real autonomy over their working hours and were at the mercy of the platform's algorithmic system.[17]

Based on the cases analyzed by the Italian Courts of Justice, the need for algorithms to be explainable stands out, ensuring that selection criteria are not used to mask indirect discrimination, disadvantaging individuals with personal, family, physical, or health restrictions.

Another aspect that affects human dignity is the precariousness of work, since many workers have no control over their working hours and must constantly respond to requests to maintain good ratings in automated systems. This dynamic imposes excessive pressure that limits the autonomy of professionals and reinforces structural inequalities.

2.2 Transparency, Ethics, and Data Protection in Brazil

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil[18] was an essential instrument in the construction of anti-discrimination public policies.

---

[16] DOMINGOS, I.; CRISTÓVAM, J. S. S. El uso de las TICs para la participación ciudadana y el control de la corrupción en la Administración Pública Brasileña. *CONPEDI LAW REVIEW,* XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE – SANTIAGO, v. 8, n. 1, p. 297 – 316, jul-dez., 2022. Available at: <http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2022.v8i1.9069>. Accessed on: March 13, 2025.

[17] AVVENIRE. *Rider discriminati dall'algoritmo.* Lo dice anche il tribunale di Palermo. Economy section. Milan, 2023. Available at: <https://www.avvenire.it/economia/pagine/rider-algoritmo-discriminatorio-tribunale-palermo>. Accessed on: March 13, 2025.

[18] See the following link for more information on this topic: BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Accessed on: March 10, 2025.

Article 5, item XLI, establishes that the law should punish any discrimination against fundamental rights and freedoms.

Article 7, item XXX, prohibits differences in pay and positions based on sex, age, color, or marital status. Article 3, item IV, defines the promotion of collective well-being as one of the fundamental objectives of the Republic and guarantees the prohibition of any form of discrimination. In addition, the Constitution guarantees equality between men and women (Article 5, item I) and provides special protection for women in the labor market (Article 7, item XX). Likewise, the Public Administration must guarantee equal access to positions and functions, without discrimination (Article 37, item VIII).

The General Personal Data Protection Law (LGPD) (Law No. 13,709/2018)[19] establishes principles for the ethical and transparent processing of personal information. The right to data protection in Brazil had its starting point in the Federal Constitution of 1998, Article 5, item X, establishes the right to inviolability of intimacy, protection of private life, honor and image, so that offense to these guarantees can generate legal liability[20]. To adapt to the LGPD, article 5, item LXXIX, was inserted by Constitutional Amendment 115/2022, defining data protection as a fundamental right, especially in the digital environment.

Personal data cannot be used for discriminatory purposes and must have legitimate and appropriate purposes, as determined by Article 6 (IV) of the LGPD. Article 6(X) establishes that processing agents must demonstrate responsibility and accountability by demonstrating that they have complied effectively with data protection rules. Similarly, Article 20 establishes that data subjects can request a review of decisions made exclusively by automated systems.

---

[19] BRAZIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).* Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Accessed on: March 13, 2025.

[20] CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: Governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, n. 1, p. 1-24, 2020; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.* Curitiba: Juruá, 2015.

In Brazil, the Senate approved the AI Regulatory Framework (Bill No. 2.338/2023) on December 10, 2024[21], setting a standard for the ethical use of artificial intelligence in the country. AI systems must comply with the General Data Protection Law (LGPD) in order to prevent the misuse of personal information and preserve the fundamental rights guaranteed by the Brazilian Federal Constitution.

In the business world, where profit is often prioritized at any cost is often the priority, ethics tend to be applied only when it doesn't affect the company's bottom line. The lack of solid regulation in technology contributes to increased risks in terms of social impact, allowing the negative effects of algorithms and mass surveillance to be ignored.[22]

The challenge is to strike a balance between innovation and the prohibition of discrimination, considering that algorithmic prejudices can be present not only in the products and services offered by major technologies, but also in predictive justice systems, monitoring, and biometrics.

This is why it is essential to invest in research in this area, because as new ethical dilemmas arise, regulation must evolve to keep pace with societal demands and, above all, to guarantee the protection of human dignity. In fact, technology companies operating in a regulated environment face legal, ethical, social, and economic pressures, which is why they adopt compliance practices to remain more solid in the market and to avoid administrative, civil and criminal liability.

Legal liability for non-compliance with laws regulating artificial intelligence may significantly impact a company. It can lead to substantial asset loss, undermine incentives granted by the state and international organizations, and erode consumer confidence. Consequently, the company

[21] MINISTÉRIO DA CULTURA. *Senado Federal aprova marco regulatório da inteligência artificial. Brasília, 2024*. Available at: <https://www.gov.br/cultura/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-marco-regulatorio-da-inteligencia-artificial>. Accessed on: March 10, 2025.RE

[22] MOSS, Emanuel; METCALF, Jacob. The Ethical Dilemma at the Heart of Big Tech Companies. *Harvard Business Review*, 14 nov. 2019. Available at: <https://hbr.org/2019/11/the-ethical-dilemma-at-the-heart-of-big-tech-companies>. Accessed on: March 13, 2025.

may struggle to maintain its market sustainability due to the violation of human rights.

Final Remarks

The regulation of artificial intelligence law, both in Latin America and Europe is important to limit the power of big techs, in line with the principles of social responsibility and the safeguarding of human rights.

Since the COVID-19 pandemic, there has been an increase in the implementation of new technologies to maintain essential public services, generating the hyper-connectedness of society, with the offer of products and services through apps. This rapid development of generative artificial technology has also used biased information and algorithms with discriminatory biases, a phenomenon that has created contemporary forms of human rights violations.

Consequently, despite the important step in regulating AI, as evidenced by the examples from both the European Union and Brazil, it is possible to see that regulation alone is not enough to mitigate significant risks. To tackle this issue, it is necessary to create value and protect human rights in the digital sphere through a holistic approach that involves collaboration between the state, companies and international organizations, as well as the development of citizens' skills in online spaces. The public agenda for the implementation of artificial intelligence should address the following key issues:

a) Citizens' digital competencies. The state should promote the training of society in new technologies from elementary school onwards, on the risks of AI for human dignity, with the aim of creating a culture of good practices in the digital field.

b) Compliance in Public Administration. Human rights training should be incorporated into the Public Administration, covering both civil servants and outsourced workers;

c) Training companies. The implementation of courses and certifications aimed at companies is essential to broaden understanding of the impacts of discriminatory algorithms in the social, political, legal and economic contexts. Promoting good practices in the development and application of AI contributes to greater transparency and ethical pratices in the technology sector;

These measures are designed to promote the development of society that is aware of the use artificial intelligence. They establish practical, political and legal tools for the effective protection of human rights in the virtual environment.

Regarding data protection rules, there are similarities between Brazil and Italy, which seek to establish standards for the ethical and responsible use of citizens' personal information, as well as transparency in the implementation of technologies, prohibiting any form of discrimination and the misuse of sensitive data.

Rerefences

AVVENIRE. *Rider discriminati dall'algoritmo.* Lo dice anche il tribunale di Palermo. Economy section. Milan, 2023. Available at: <https://www.avvenire.it/economia/pagine/rider-algoritmo-discriminatorio-tribunale-palermo>. Accessed on: March 13, 2025.

BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Accessed on: March 10, 2025.

BRAZIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019).* Available at: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Accessed on: March 13, 2025.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Artificial intelligence (AI) act. The EU's AI act is the world's first law on artificial intelligence. It aims to ensure AI systems are safe, ethical and trustworthy.* 2025. Available at: <ttps://www.consilium.europa.eu/en/policies/artificial-intelligence/>. Accessed on: March 13, 2025.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Artificial intelligence (AI) act: Council gives final green light to the first worldwide rules on AI*. Brussels, 2024. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-

releases/2024/05/21/artificial-intelligence-ai-act-council-gives-final-green-light-to-the-first-worldwide-rules-on-ai/>. Accessed on: March 13, 2025.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.* Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; HAHN, Tatiana Meinhart. Administração Pública orientada por dados: Governo aberto e infraestrutura nacional de dados abertos. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, n. 1, p. 1-24, 2020.

DOMINGOS, Isabela; CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. El uso de las TICs para la participación ciudadana y el control de la corrupción en la Administración Pública Brasileña. *CONPEDI LAW REVIEW,* XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE – SANTIAGO, v. 8, n. 1, p. 297 – 316, jul-dez., 2022. Available at: <http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2022.v8i1.9069>. Accessed on: March 13, 2025.

EU-LEX. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance.* Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Accessed on: March 13, 2025.

EUROFOUND. *Italian Court rules that the Deliveroo Algorithm Discriminates Workers (Court ruling), Record number 2271*, Platform Economy Database, Dublin. Available at: <https://apps.eurofound.europa.eu/platformeconomydb/italian-court-rules-that-the-deliveroo-algorithm-discriminates-workers-106121>. Accessed on: March 13, 2025.

EUROPA. EU. *Reglamento general de protección de datos.* Available at: <https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/data-protection/data-protection-gdpr/index_es.htm>. Accessed on: March 14, 2025.

ITALY. Constitutional Court of the Italian Republic. (2023). Constitution of the Italian Republic. General Secretariat, Rome. Available at: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Constitution_of_the_Italian_Republic.pdf>. Accessed on: March 10, 2025.

KARP, David Jason. *Responsibility for human rights: Transnational corporations in imperfect states.* Cambridge University Press, 2014, p. 116-161.

MINISTÉRIO DA CULTURA. *Senado Federal aprova marco regulatório da inteligência artificial. Brasília, 2024.* Available at:

<https://www.gov.br/cultura/pt-br/assuntos/noticias/senado-federal-aprova-marco-regulatorio-da-inteligencia-artificial>. Accessed on: March 10, 2025.

MOSS, Emanuel; METCALF, Jacob. The Ethical Dilemma at the Heart of Big Tech Companies. *Harvard Business Review*, 14 nov. 2019. Available at: <https://hbr.org/2019/11/the-ethical-dilemma-at-the-heart-of-big-tech-companies>. Accessed on: March 13, 2025.

PARLAMENTO ITALIANO. *Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 "Codice in materia di protezione dei dati personali". pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123*. Available at: <https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/The_Constitution_of_the_Italian_Republic.pdf>. Accessed on: March 13, 2025.

RUGGIE, John Gerard. *The Social Construction of the UN Guiding Principles on Business & Human Rights*. Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2017. (Corporate Responsibility Initiative Working Paper No. 67).

UN. El Reglamento de Inteligencia Artificial entra en vigor. Available at: <https://commission.europa.eu/news/ai-act-enters-force-2024-08-01_es>. Accessed on: March 13, 2025.

UN. *Universal Declarations of Human Rights*. Available at: https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Accessed on: March 13, 2025.

VENTURINI, G. Diritto internazionale umanitario e diritti umani: una prospettiva di genere. In: DI STEFANO, Adriana; SAPIENZA, Rosario. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*. Napoli: Scientifica, 2012, p. 93-114.

THE IMPACT OF AI ON THE PRISON SYSTEM: THE RE-EDUCATION OF PRISONERS

Isabela Domingos[1]

the Universidade Federal de Santa Catarina

Nicoletta Castellano[2]

"La Sapienza", University of Rome

DOI: https://doi.org//10.62140/IDNC710773640

Summary: 1. Introduction 2. The Recommendation of the Council of Europe CM/REC(2024)5 2.1 The Recommendation and its implications 2.2 The Italian Penitentiary system 2.3 AI in Finnish prisons 3. Risks of Artificial Intelligence: between predictive efficiency and ethical challenges 4. Concluding remarks

Abstract: This contribution revolves around the analysis of the Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 09 October 2024, CM/Rec(2024)5, in which for the first time this body questioned the effects, both beneficial and pathological, of a gradual introduction of artificial intelligence systems in the prison world.

First of all, these are seen as methods that do not replace human beings, but rather as means of enhancing human activities, precisely because they can have a positive impact on the control and surveillance of inmates, by assisting prison staff.

The Recommendation deals with two topics that, in the writer's opinion, are particularly pregnant:

[1] PhD Student in Administrative law at the Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil.

[2] PhD Student in Constitutional law at "La Sapienza", University of Rome, Italy.

(i) the concept of cognitive BIAS applied to artificial intelligence;

ii) the role that artificial intelligence can play in the resocialisation of offenders after release.

It is precisely on this second point that the author's attention will focus, as she has always been interested in the constitutional face of punishment in her own reference system, the Italian one, in which the third paragraph of Article 27 of the Constitution stands out clearly.

In spite of the risks that AI may entail in its very wide field of application, however, the Committee of Ministers highlights how technology can easily put prisoners in touch with their families and their social context of reference, through the use of suitably prepared platforms.

Moreover, AI techniques can also be used to identify a risk of recidivism in the commission of offences: this too, however, must take place in the light of a balanced and in any case human control, since human relationship and assessment cannot be easily replaced by a machine without 'human' reasoning, but only technical reasoning.

Furthermore, the dissertation here focuses on the practical application of artificial intelligence systems in European prisons: a striking example is the Finnish case, a country that was the first to conceptualize, design, and implement artificial intelligence assistants to support the lives of prisoners, but above all, to aid in their re-education and social reintegration.

Introduction

This dissertation, focused on the CM/REC(2024)5 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe and on the practical and theoretical implications that artificial intelligence, with its biases, can have in the field of criminal surveillance, starts from a fundamental observation: if it is true that punishment must rehabilitate, artificial intelligence, in the intentions of the international legislator, must also be constitutionalized, tamed by human norms. The risk that artificial intelligence may stray from the human purposes for which it was created is indeed present and denying it would be a great demonstration of negligence on the part of legal practitioners.

The essay, written by two authors, primarily consists of two parts: the first part, of an explanatory and programmatic nature, written by Dr. Nicoletta Castellano, focuses mainly on the connection between the international legislation produced by the Council of Europe and Italian legislation, which finds its rationale in the third paragraph of Article 27 of the Constitution (chapter 2).

On the other hand, the second part deals with the ethical implications of AI applied to the prison system, such as algorithmic visions and their risks for human rights, was written by Dr. Isabela Domingos (chapter 3).

2. The Recommendation of the Council of Europe CM/REC(2024)5 and the consequences on European legal systems

2.1 The Recommendation and its implementation

The Council of Europe, in the composition of the Committee of Ministers, has shown considerable interest in the issue of the reintegration of convicts after the expiration of their sentence, dedicating a Recommendation on the subject in October 2024[3].

The Council of Europe, in the composition of the Committee of Ministers, has shown considerable interest in the issue of the reintegration of

[3] This recommendation was undoubtedly prompted by EU acts, as well as other previous acts of the Council of Europe, including, for example, inter alios, the AI Act (at the EU level) and other recommendations, including CM/REC(2021)8. From a jurisprudential perspective, the Strasbourg Court dealt with a case of interference between AI and procedural-criminal rules in *Nuh Uzun and others v. Turkey* (2022), involving fourteen Turkish citizens who had, for various reasons, attempted to participate in the military coup of July 2016 in Turkey. For the Strasbourg Judges, the violation of the ECHR was based on Article 8, concerning the secrecy of communications and correspondence, as the individuals involved had been subjected to unlawful harassment while deprived of their personal liberty, as their correspondence with their defense attorneys had been violated.

convicts after the expiration of their sentence, dedicating a Recommendation on the subject in October 2024[4].

The CM/REC(2024)5 focuses on a central goal[5], that is to guide the legislation of member states toward harmonizing regulations on AI (Artificial Intelligence)[6] and the rehabilitative effect of criminal sanctions[7].

First and foremost, the Recommendation emphasizes, from its outset, that criminal sanctions are an exercise of public power; as an expression of public power, interferences with human rights, human dignity, and privacy are risky and undoubtedly present[8].

An extremely debated issue that carries with it most of the practical risks is that of BIAS[9]. Bias is defined as follows: "It is a systematic pattern of deviation from the norm or from rationality in judgmental mental processes. In psychology, it refers to a tendency to create one's own subjective reality, not necessarily corresponding to the evidence, developed based on the

---

[4] The preparatory work for this Recommendation originated from the Annual Conference on Penological Cooperation (PC-CP) held on November 22-23, 2021, in Strasbourg, where the first guiding criteria for drafting a document on the subject were developed.

[5] "*Recommends that governments of member States:*

- *be guided in their legislation, criminal policy and practice by the principles and rules contained in the appendix to this recommendation;*

- *ensure that this recommendation and its explanatory memorandum are translated and disseminated as widely as possible and, more specifically, among judicial authorities, prosecution, police, prison, probation and juvenile justice services, as well as among private companies which design and provide AI and related digital technologies in the framework of the criminal justice system".*

[6] The definition of Artificial Intelligence used in CM/REC(2024)5 was taken from CM/REC(2021)8, and is as follows: *"(AI) means a system that is either software-based or embedded in hardware devices, and that displays intelligent behaviour by, inter alia, collecting and processing data, analysing, and interpreting its environment, and by taking action, with some degree of autonomy, to achieve specific goals."*

[7] Article 3 of the ECHR, also a product of the Council of Europe, states that torture, as well as inhuman and degrading punishment or treatment, are prohibited.

[8] FORMISANO, A. *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali*, in Federalismi.it, fasc. 22/2024, pp. 112 ss.

[9] GIACOMO, L. D. *Bias dell'algoritmo: responsabilità e innovazione nell'AI*. Available at: https://www.diritto.it/bias-algoritmo-responsansabilita-ai-innovazione/ Accessed on 20 feb. 2025.

interpretation of available information", even if not logically or semantically connected, which leads to a misjudgment or a lack of objectivity in judgment[10].

Cognitive biases are forms of evolved mental behavior: some represent forms of adaptation, as they lead to more effective actions in certain contexts or allow for faster decision-making when most needed; others arise from the lack of appropriate mental mechanisms or from the incorrect application of a mechanism that would otherwise be positive in other circumstances. This phenomenon is studied by cognitive sciences and social psychology[11].

The etymology of this word is uncertain, as it likely derives from the English "bias,"[12] which properly means "oblique," "deviant," indicating the term itself refers to deviation from the expected outcome under impartial, objective, and neutral conditions.

The drafters of the Recommendation also do not forget how fast the arms race in Artificial Intelligence is progressing: even the pace followed in this direction moves at inhuman, robotic speeds, not entirely human.

If the speed is not human, the use of AI mechanisms must be human: therefore, in this regard, the discussion revolves around "*ethical use of Artificial Intelligence*[13]", companies involved in scientific-engineering progress in the field of AI, and which similarly advance in the research and practical development of artificial intelligence tools, must keep in mind that in a complex system like

[10] STATE OF MIND. *Bias Euristiche*. Available at: <https://www.stateofmind.it/bias/>. Accessed on 20 feb. 2025.
[11] STATE OF MIND. *Bias Euristiche*. Available at: <https://www.stateofmind.it/bias/>. Accessed on 20 feb. 2025.
[12] CAMBRIDGE. *Bias*. Available at: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-portuguese/bias>. Accessed on 20 feb. 2025.
[13] By "*ethics*" in the context of artificial intelligence, we refer to all those areas that require a significant and non-reductive involvement of ethically evaluable concepts, such as: making decisions, respecting privacy, and the surveillance of incarcerated individuals who are therefore deprived of their personal freedom.

criminal sanctioning, they are dealing with human subjects, not just biometric and statistical data.

The conditions of detention can certainly be improved with an ethical use of artificial intelligence, as it acknowledges and demonstrates that new horizons exist which, until recently, could not even have been remotely imagined[14].

Perhaps hoped for.

Like all products of the technological age, Artificial Intelligence—which now takes on the most varied forms—risks becoming an ambivalent tool, given the undeniable implications that a negative and pretextual use of the tool can have[15].

2.2 The Italian Penitentiary system

With a brief introduction to this point, we now move to the heart of the matter, linking the theme of the application of artificial intelligence to human processes with the central theme in the Recommendation of the rehabilitation of the convict.

From he perspective of the author, the correspondence with the constitutional principles—certainly of a continental nature—of the reference legal system, namely the Italian system, is significant, as it seems that, from the viewpoint of the European body (which is, of course, not to be confused with the European Union), the guiding principle is the same as that which underpins the Italian legal system: rehabilitation.

[14] MAGGIOLINI, P.; FUGINI, M. *Le sfide etiche dell'intelligenza artificiale*, Ledizioni, 2025.

[15] RINALDI, L. *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in DPCE Online, fascicolo 1/2022, pp. 201 ss.

Article 27, paragraph 3, of the Italian Constitution[16] firmly expresses the principle that the penalty should primarily aim at the rehabilitation of the convict, while Article 3 of the ECHR[17] that the penalty should not consist of inhuman or degrading treatment[18].

Although more strictly penal theories have spread in the field[19], over the decades, regarding the actual value of criminal sanctions, there is no doubt that, through the lens of a constitutionalist, one can only embrace the rehabilitative and social reintegration value of the penalty.[20].

Indeed, in addition to the more technical theories on the matter, including the deterrent and retributive theories, one must not overlook the concept that criminal law must be integrated within the framework of

---

[16] "*Criminal responsibility is personal.*

The defendant is not considered guilty until the final conviction.

Punishments cannot consist of treatments that are contrary to human dignity and must aim at the rehabilitation of the convict.

The death penalty is not permitted." (Article 27 of the Constitution)

[17] *"Nobody shall be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or treatment." (Article 3 of the ECHR)*

[18]The concept of "prisoners' rights" is not explicitly codified in Article 3 of the European Convention on Human Rights; it is a term coined by case law from both the Convention and national and European doctrines, both conventional and EU-based. The principle, associated with the concept of penitentiary law, was primarily established in cases such as Campbell and Fell v. the United Kingdom, X v. the Federal Republic of Germany, Ilse Koch v. Austria, Kotalla v. the Netherlands, based on the succinct provision in Article 3 of the ECHR.

In these rulings, the so-called theory of implicit freedom was hypothesized and realized, according to which the set of rights theorized for man in the broadest sense has been made available even to those deprived of their personal liberty. For further clarification, see: GORI, A. *Condizioni di detenzione nelle carceri europee tra diritto dei detenuti e deroghe all'art. 3 della Convenzione,* in Rivista ADIR, UniFi, 2015, cap. 3.

[19] DOLCINI, E. *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 2/2021, pp. 383 ss.

[20] The author believes that the more strictly technical theories on this point are particularly relevant in the field of strict criminal law, both substantive and procedural. However, from the perspective of a constitutional law dissertation, the rehabilitative function of punishment must always be considered to avoid moving toward paths that are not properly constitutionally oriented.

constitutional law, even if only through the theory of resolving contradictions and the hierarchical pyramid of sources.

If it is true, therefore, that the exercise of public power in the function of criminal punishment must be constitutionally oriented, so too must the use of effective but potentially dangerous tools be guided by solid constitutional mechanisms that are "in step with the times," meaning updated and capable of adapting flexibly to new socio-legal needs.

The Recommendation that is the subject of this research effectively illustrates how the primary goal to be pursued at the national level by public authorities is to provide a human judgment for something that is not human: public and judicial authorities must nonetheless oversee the use of Artificial Intelligence to ensure its use is conscious and ethically oriented.

In this case, in the opinion of the author, "ethics" is not meant in a morally charged sense: this term refers to a constitutional guide for addressing the issue, as the Recommendation was made within a forum, the Council of Europe, which has historically dealt with issues related to human rights.

The close link between the Council of Europe and the European Court of Human Rights is both its symbol and demonstration.

The Strasbourg Court has consistently addressed issues related to the rehabilitation of convicts, with or without the use of artificial intelligence: among these, see the case Viola v. Italy, regarding the unconstitutionality of the so-called "life sentence without parole," established by Article 4-bis of Italian Law No. 354/1975, known as the Penitentiary System[21].

[21] Marcello Viola had been sentenced by the Court of Assizes of Palmi in the late 1990s for the crimes of mafia-style criminal association, murder, kidnapping, and illegal possession of firearms; he had been under the regime of the so-called "hard prison" (Article 41-bis of the Penitentiary Law) since 2000. He had repeatedly requested special leave permits, which were never granted to him as a non-collaborative inmate with the justice system, since this was the only criterion used to practically assess the convict's "redemption." However, in 2019, the European Court of Human Rights denied this rigid presumptive automaticity, stating that cooperation with justice

From the literal and then critical exegesis of the text of the Recommendation, it is clear that the primary hope expressed by the European legislator is to apply the principle of legality even to mechanisms that, by nature, evade human treatment, which in Italian terms could be translated as a conscious use of the tool of the law reserve[22].

2.3 AI in Finnish prisons

Finland represents one of the main examples of implementing artificial intelligence practices for the benefit of the incarcerated population. First of all, Scandinavian countries, in general, have always stood out for providing the best living conditions for prisoners[23]; in these prison contexts, social reintegration is conceived as the main goal of imprisonment, which is clearly evident in the architecture of the prisons as well as the modernity and cleanliness – perhaps trivially – with which the prisoners' cells are treated.

The artificial intelligence systems adopted in Finnish prisons have been tested since 2018 under the "Smart Prison" project, aimed at implementing and improving the living conditions of Finnish prisoners by

cannot be the sole indicator of practical and concrete repentance for the purpose of granting special leave permits.

[22] The principle of legality, expressed in the form of the law reserve – which, in Article 13 of the Constitution, also includes jurisdiction, in the sense that personal freedom can only be restricted in light of a reasoned act by the judicial authority – has been extensively discussed in doctrinal terms within procedural law. The main risk involved is the jeopardizing of decision-making mechanisms that, since the origins of law, have belonged to the human sphere: the judicial one. Among all, see GALLONE, G. *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà,* in Rivista Judicium, Pacini Giuridica, 2024.

[23] OBSSERVATORIO BALCANI E CAUCASO. *La Danimarca e le prigioni off-shore.* Available at: https://www.balcanicaucaso.org/aree/Kosovo/La-Danimarca-e-le-prigioni-off-shore-215757 Accessed on 20 mar. 2025.

introducing systems for digitalizing requests and expressing needs within the prison environment[24].

Relevant examples include the establishment of email addresses for prisoners to communicate freely and independently with their loved ones, as well as access to online libraries and university courses that can be followed remotely.

The first “Smart Prison” project in Finland was established in Hämeenlinna, a women’s prison, where each cell was equipped with an artificial intelligence system named “Doris,” which allowed inmates to communicate within the prison system smoothly and easily, and partially with the outside world. The purpose of this installation was to simplify and improve the living conditions of individuals already suffering from the deprivation of personal liberty. The second "Smart Prison," established in Eastern Finland, was Pyhäselkä in December 2022, and the third, Kylmäkoski, was designed in the autumn of 2023.

In addition to the daily use of artificial intelligence, which helps improve the daily lives of prisoners, AI has been used and is still employed to enhance and implement judicial systems for the so-called "probation service." This refers to algorithms designed to create post-sentence rehabilitation systems tailored to individual prisoners, with the goal of avoiding unsuitable and ineffective treatment programs for reintegrating the offender into society after the detention period.

The use of artificial intelligence, not necessarily in its most recent forms, but through digital video conferencing platforms, has also been employed in various Italian university centers, allowing prisoners to obtain a university degree while maintaining their incarceration status.

[24] PUOLAKKA, P. *Smart prison and digital innovations in prison and probation service of Finland*, in Rassegna Italiana di Criminologia, fasc. 2/2023, pp. 153 ss.

An example of this is the Penitentiary University Center established at the "Rebibbia" Correctional Facility in Rome by the University of "La Sapienza." The Roman university has agreed with the Rebibbia prison to start a law course (among others) that enables prisoners to reintegrate socially and professionally once they have served their sentence.

3. Risks of Artificial Intelligence: Between predictive efficiency and ethical challenges

Societies are constantly changing, especially in the post-Covidh19 movement with the implementation of information and communication technology (ICT) in labor relations, public education, transparency in public-private contracts, and the judicial system.

This research addresses the use of Artificial Intelligence in the criminal justice system, specifically to identify the risks and benefits for society. Innovation must be in line with the public interest, with a focus on human dignity. This requires improving security in the collection of sensitive data, the efficiency of the administration of justice and the sustainability of policies aimed at reintegrating convicts into society.

The recent EU regulation 2024/1689 understands that Artificial Intelligence models generate systemic risks, so it aims to encourage the development of reliable and safe systems throughout the European Union (EU) single market in both the public and private sectors, guaranteeing the health and safety of EU citizens, as well as respect for fundamental rights[25]

[25] EUR-Lex. *Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance).* Available at: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng. Accessed on: 20 feb. 2025.

As for risk-based rules, it identifies the need to place rules on artificial intelligence and the prohibition of AI practices with a view to the transparency of AI systems through risk management and the supervision of these technologies before and after they enter the market. On the other hand, there is a need to encourage innovation for the development of small and medium-sized enterprises, for the economic promotion of the local community[26].

Among the risks pointed out, there is a need for education and professional training in digital literacy so that citizens can identify the risks of AI. On the other hand, there is also a need to include marginalized groups in technical and vocational courses for the development of emerging technologies aimed at inclusion and citizenship to reduce the discriminatory biases and bring greater plurality to innovations in justice systems.

To ensure safety in the use of artificial intelligence, it is essential to strengthen systems for monitoring and evaluating its results. This process should seek to identify and understand practices that promote social benefits. However, if it is found that the technology acts as an obstacle to the protection of fundamental rights guaranteed by the Constitution of the Italian Republic of 1947, its application must be carefully suspended[27].

The European Union (EU) has important documents on the impact of artificial intelligence (AI) on the criminal justice system. The Directive of the European Parliament and of the Council on the adaptation of the rules of non-contractual civil liability to artificial intelligence of August 28, 2022[28],

[26] EUR-Lex. *Regras para uma inteligência artificial de confiança na UE*. Available at: https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/rules-for-trustworthy-artificial-intelligence-in-the-eu.html?fromSummary=31 Accessed on: 20 mar. 2025.

[27] SENATO IT. *Constitution of the Italian Republic*. Available at: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf. Accessed on: 20 feb. 2025.

[28] EUR-Lex. *Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA)*. Available at: https://eur-

states that the opacity of AI systems makes it difficult to apply liability rules in the civil, administrative and criminal spheres. In this sense, the lack of regulation or inefficient regulation leads to legal uncertainty and high costs in dealing with victims.

In this sense, the application of AI in criminal law by police and judicial authorities in criminal cases is the focus of the report "Artificial Intelligence in Criminal Law" (A9-0232-2021)[29]. The resolution identifies the trade-offs in the use of artificial intelligence, i.e. the risks and benefits. AI can make data collection more agile and efficient, bringing benefits to the European community by developing new policies whose goal is security and the protection of human dignity. However, it is necessary to establish rules and standards to ensure that AI follows ethical paths in its design, implementation, and use. Therefore, it requires constant monitoring and evaluation of the technologies used in the administration of justice to protect fundamental rights.

A critical aspect of the use of artificial intelligence (AI) in the prison system is algorithmic bias — machine learning based on discrimination based on race, ethnicity, gender, disability, and other marginalized groups. Pedro Domingos believes that there is a "master algorithm" capable of learning from any type of data, improving itself through association and making decisions[30]. The challenge is to control the risks, such as data manipulation, violation of fundamental rights, including large-scale decision-making.

Predictive analytics uses historical data to train models that identify patterns for criminal detection algorithms that may include predictive

lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496. Accessed on: 20 feb. 2025.

[29] EUROPARL. *Relatório sobre a inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais.* Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_PT.html. Accessed on: 20 feb. 2025.

[30] About machine learning, see: DOMINGOS, P. The Master Algorithm: *How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World.* New York: Basic Books, 2015.

variables[31]. This means learning from the response variables, making associations and using the input values to make decisions. Berk understands the potential risks of feeding algorithms that violate human rights. The risk lies in the quality and management of the data they feed, as well as how the changes are translated into actual decisions[32], a fact that requires AI transparency for systems that are aligned with current legal and ethical guidelines.

Malek points out that machines inherit the cognitive biases of those who feed them. In a societal context that tolerates discrimination, discriminatory decisions involving the guarantee of freedom can reinforce prejudices based on color, race, socio-economic status and gender. However, it cannot be said that all algorithms built internationally with unconstitutional code are unconstitutional[33]. The implementation of AI tools in the public sector is a complex issue, as it has a significant impact on marginalized groups.

Algorithmic discrimination generated by artificial intelligence generates financial, physical and psychological damage, and therefore affects human dignity, especially if biases are inserted that reinforce prejudices and inequalities[34], whose poor data management triggers low social trust in artificial intelligence systems.

Based on the results of this research, it can be seen that the mitigation of risks related to AI requires a holistic approach, ranging from robust regulation by the European Union (EU), as well as internal regulations

[31] Prediction is the use of historical data to train models that identify patterns. See: MAHESH, Batta. Machine learning algorithms-a review. *International Journal of Science and Research (IJSR)*. [Internet], v. 9, n. 1, p. 381-386, 2020.

[32] BERK, Richard A. "Artificial intelligence, predictive policing, and risk assessment for law enforcement." *Annual Review of Criminology* 4.1, p. 209-237, 2021.

[33] Prediction is the use of historical data to train models that identify patterns. See: MALEK, M. A. Criminal courts' artificial intelligence: the way it reinforces bias and discrimination. *AI Ethics* 2, 233–245, 2022.

[34] MANNES, A. Governance, Risk, and Artificial Intelligence. *AI Magazine*, *41*(1), p. 61-69, 2020. https://doi.org/10.1609/aimag.v41i1.5200

to implement an ethical culture in the use of AI, the establishment of security standards, the protection of human rights and the transparency of systems, especially when used by the criminal justice system.

Concluding remarks

The use of predictive algorithms is associated with narrow artificial intelligence, sophisticated tools that use data and associations to try to anticipate behavior and criminal events. On the other hand, research shows the risks of biased algorithms that contaminate the predictive variables, perpetuating existing prejudices in society and widening inequalities.

The problem is not the use of AI in the criminal justice system, but the transparency of understanding how data is generated and transformed into decisions, what the evaluation criteria are, and whether they reinforce discriminatory practices that can lead to unfair and unequal decisions. For this reason, AI systems must be constantly evaluated to prevent abuse and manipulation, which requires strong regulation and greater societal oversight when the technology is used in the public sector, given its impact on the protection of fundamental rights.

Moreover, it is not a given that the results of artificial intelligence applied in the criminal and penitentiary fields, areas that are at the limit of constitutional criteria compliance, can also be positive. On the contrary, given the technological contribution of today's times for the development of new suitable treatment programs, it is desirable that technical expertise in the criminal and penitentiary fields merge with information technology and engineering skills to achieve humanly positive and acceptable objectives.

References

BERK, R. A. "Artificial intelligence, predictive policing, and risk assessment for law enforcement." *Annual Review of Criminology* 4.1, p. 209-237, 2021.

CAMBRIDGE. *Bias*. Available at: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-portuguese/bias>. Accessed on 20 feb. 2025.

DOLCINI, E. *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 2/2021, pp. 383 ss.

DOMINGOS, I. M. Los retos de la inteligencia artificial para la protección de los derechos humanos. *Diálogos en DH. Tecnologías de la información*. 1ed.Toluca: CDHEM, 2022, p. 79-86.

DOMINGOS, P. *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World* New York: Basic Books, 2015.

EUR-Lex. *Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adaptação das regras de responsabilidade civil extracontratual à inteligência artificial (Diretiva Responsabilidade da IA).* Available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022PC0496. Accessed on: 20 feb. 2025.

EUR-Lex. *Regras para uma inteligência artificial de confiança na UE.* Available at: https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/summary/rules-for-trustworthy-artificial-intelligence-in-the-eu.html?fromSummary=31 Accessed on: 20 mar. 2025.

EUR-Lex. *Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance).* Available at: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng. Accessed on: 20 feb. 2025.

EUROPARL. *Relatório sobre a inteligência artificial no direito penal e a sua utilização pelas autoridades policiais e judiciárias em casos penais***.** Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0232_PT.html. Accessed on: 20 feb. 2025.

FORMISANO, A. *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali*, in Federalismi.it, fasc. 22/2024, pp. 112 ss.

GALLONE, G. *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà,* in Rivista Judicium, Pacini Giuridica, 2024.

GIACOMO, L. D. *Bias dell'algoritmo: responsabilità e innovazione nell'AI*. Available at: https://www.diritto.it/bias-algoritmo-responsansabilita-ai-innovazione/ Accessed on 20 feb. 2025.

GORI, A. *Condizioni di detenzione nelle carceri europee tra diritto dei detenuti e deroghe all'art. 3 della Convenzione,* in Rivista ADIR, UniFi, 2015, cap. 3.

MAGGIOLINI, P.; FUGINI, M. *Le sfide etiche dell'intelligenza artificiale*, Ledizioni, 2025.

MAHESH, B. Machine learning algorithms-a review. *International Journal of Science and Research (IJSR*). [Internet], v. 9, n. 1, p. 381-386, 2020.

MALEK, M. A. Criminal courts' artificial intelligence: the way it reinforces bias and discrimination. *AI Ethics* **2**, 233–245, 2022.

MANNES, A. Governance, Risk, and Artificial Intelligence. *AI Magazine*, *41*(1), p. 61-69, 2020. https://doi.org/10.1609/aimag.v41i1.5200.

OBSSERVATORIO BALCANI E CAUCASO. *La Danimarca e le prigioni off-shore.* Available at: https://www.balcanicaucaso.org/aree/Kosovo/La-Danimarca-e-le-prigioni-off-shore-215757 Accessed on 20 mar. 2025.

PUOLAKKA, P. *Smart prison and digital innovations in prison and probation service of Finland*, in Rassegna Italiana di Criminologia, fasc. 2/2023, pp. 153 ss.

RINALDI, L. *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in DPCE Online, fascicolo 1/2022, pp. 201 ss.

SENATO IT. *Constitution of the Italian Republic*. Available at: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf. Accessed on: 20 feb. 2025.

STATE OF MIND. *Bias Euristiche*. Available at: <https://www.stateofmind.it/bias/>. Accessed on 20 feb. 2025.

TECNOLOGIA ASSISTIVA, BENEFÍCIOS FISCAIS E EXTRAFISCALIDADE COMO FATORES PARA A EFETIVAÇÃO DE AÇÕES DE INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

Assistive technology, tax benefits and extrafiscality as factors for the implementation of actions for the inclusion of people with disabilities in Brazil

Jean Marcell De Miranda Vieira[1]

Pesquisador Independente

Daniel Soares De Araujo[2]

Faculdade Legale Educacional

DOI: https://doi.org//10.62140/JVDA673387383

Sumario: 1.Introdução. 2.Desconstruindo o estigma da pessoa com deficiência. 3.Intersecção entre tecnologia assistiva e políticas tributárias. 4. Benefícios fiscais como facilitadores à tecnologia assistiva. 5. Revisão e atualização da legislação vigente. 6. Creditamento da cadeia produtiva em produtos industrializados destinados à pessoas com deficiência. 7. Monitoramento e avaliação contínua. 8. Morosidade dos agentes legislativos conquanto as necessidades da sociedade. 9. Considerações finais.

Resumo: A tributação extrafiscal desempenha um papel fundamental na indução de comportamentos econômicos e sociais, ele pode ser um instrumento de importância ímpar para fomentar a inclusão de pessoas com deficiência. Tendo em mente o argumento posto à baila, que o presente

[1] Advogado do Banco do Nordeste do Brasil S/A. Mestre em Direito Privado no do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Universidade Federal do Piauí (UFPI) e em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC – SP). e-mail: jeanmarcellmv@gmail.com.

[2] Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande. Advogado. Pós-graduando em Direito Tributário e Processo Tributário. Pós-graduando em Licitações e Contratos. e-mail: Danielsoaresdearaujopr@outlook.com.

estudo buscou examinar a interseção entre a tecnologia assistiva e as políticas tributárias, abordando os desafios e lacunas existentes na legislação vigente. Diante da necessidade de revisão e aprimoramento normativo, analisa-se como os incentivos fiscais podem facilitar o acesso a recursos que promovam maior autonomia e equidade. Ao longo do estudo, são analisados os benefícios fiscais como facilitadores para a aquisição de tecnologias assistivas, bem como a necessidade de revisão e atualização da legislação vigente para cobrir lacunas e atender às demandas emergentes. Destaca-se, ainda, a morosidade dos agentes legislativos na adoção de medidas concretas que promovam a inclusão, visto que a tecnologia assistiva desempenha um papel fundamental na busca por integração e autonomia das pessoas com deficiência, oferecendo oportunidades que valorizam a equidade e permitem uma participação mais ativa na sociedade. Desde softwares especializados até dispositivos adaptados para tarefas cotidianas, essas soluções promovem maior bem-estar e independência. Diante desse cenário, questiona-se se as políticas atuais são eficazes na promoção da acessibilidade e como os entraves legislativos impactam o desenvolvimento e a distribuição dessas tecnologias. A pesquisa explora essas questões, destacando a relevância de políticas que aliem justiça social e desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Tributação Extrafiscal; Tecnologia Assistiva; Benefícios Fiscais; Inclusão de Pessoas com Deficiência; Legislação e Políticas Públicas.

Abstract: Extrafiscal taxation plays a crucial role in inducing economic and social behaviors and can be a central instrument in fostering the inclusion of people with disabilities. Bearing in mind the argument raised, this study seeks to examine the intersection between assistive technology and tax policies, addressing the challenges and gaps in the current legislation. Given the need for regulatory review and improvement, the analysis focuses on how tax incentives can facilitate access to resources that promote greater autonomy and equity. Throughout the study, tax benefits are analyzed as facilitators for acquiring assistive technologies, as well as the need for legislative review and updates to bridge gaps and meet emerging demands. Furthermore, the sluggishness of legislative agents in adopting concrete measures to promote inclusion is highlighted, considering that assistive technology plays a fundamental role in the pursuit of integration and autonomy for people with disabilities, offering opportunities that enhance equity and enable more active participation in society. From specialized software to devices adapted for daily tasks, these solutions promote greater well-being and independence. In this context, questions arise about whether current policies are effective in promoting accessibility and how legislative obstacles impact the development and distribution of these technologies. The research explores these issues, emphasizing the importance of policies that align social justice with economic development.

Keywords: Extrafiscal Taxation; Assistive Technology; Tax Benefits; Inclusion of People with Disabilities; Legislation and Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

A extrafiscalidade é veiculada enquanto instrumento de conciliação de vetores estratégicos, ao tempo em que ao associar as finalidades fiscais e extrafiscais, há uma correlação necessária entre sociedade e potencialidades de desenvolvimento axiológico e normativo.

Também chamada de tributação extrafiscal, é, portanto, uma forma de conferir ao tributo um roupagem distinta da sua originária, onde ele deixa de ter como ponto central a arrecadação de recursos financeiros para o Estado, mudando o seu objetivo para o de influenciar o comportamento dos agentes econômicos, promovendo determinadas condutas pelos contribuintes seja nos âmbitos econômico, social ou ambiental, viabilizando-as, ou, de forma antagônica, desestimula a circulação de mercadorias e serviços.

Em relação às definições de extrafiscalidade, Ricardo Lobo Torres[3] (2008, p. 135) sedimenta que extrafiscalidade é o meio de utilizar o tributo para obter certos efeitos na área econômica e social que transcendem a mera finalidade de fornecer recursos para atender às necessidades públicas, e dispões que "a política extrafiscal justifica a elevação das alíquotas e o tributo excessivo, ao fito de coibir atividades nocivas ou prejudiciais à saúde, ao desenvolvimento econômico, à educação". À essa premissa associa-se Paulo

3 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Caliendo[4] (2013,p. 1) ao registrar que é a forma de induzir comportamentos virtuosos ou desestimular os indevidos.

Em relação à dualidade finalística existente na gestão dos tributos, sem que sejam desassociados à teoria geral da tributação, Paulo de Barros Carvalho[5] (2018, p. 258) em um viés construtivista, registra que há tributos que se prestam primordialmente à aplicação da extrafiscalidade, e conclui que não há entidade tributária pura, para registrar que todas as espécies tributárias admitem a gestão extrafiscal.

Diego Bomfim[6] (2014, p. 22) informa que quando se fala em mudança de enfoque (ao se referir à utilização da tributação com fins não arrecadatórios) não é uma mudança por parte do Estado com o emprego da tributação em sua função extrafiscal, mas a postura da doutrina que, cada vez mais intensamente, reconhece a função e os fins das normas além daquela que os exegetas dela extraem.

Nesse viés, torna-se necessário analisar algumas políticas tributárias relacionadas à estratégia de desenvolvimento socioeconômico para assistir pessoas com deficiência, com o acesso aos sistemas de informação e em atenção ao Direito Internacional dos Direitos Humanos como pacto para não discriminação e, destacadamente, para não se fomentar o estabelecimento de critérios diferenciadores pela sua própria condição (sobre vitimização) em relação às pessoas sem deficiência.

No Brasil um dos principais setores beneficiados por políticas de isenções fiscais e incentivos econômicos tributários é a produção de grãos e

4 CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal. Revista Nomos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.
5 CARVALHO. Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 7ª ed. São Paulo: Noeses, 2018.
6 BOMFIM, Diego Marcel Costa. Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitação e controle. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

carnes, principalmente para a exportação[7]. O setor do agronegócio tem esse tratamento tributário favorecido estruturado na busca do poder público enquanto agente fiscal ativo em promover desenvolvimentos múltiplos (sociais, econômicos e afins) enquanto arrefece o cenário de competitividade internacional no gerenciamento de produção e circulação de bens de consumo ao setor.

Por outro lado, poderiam e deveriam ser aplicadas taxas ou impostos adicionais sobre atividades que causem externalidades negativas, como a poluição ambiental ou o consumo excessivo de produtos nocivos à saúde, a exemplos os incidentes sobre produtos como cigarros, bebidas alcoólicas e alimentos não saudáveis. A premissa, então, é que a Administração pública busque desencorajar o consumo destes bens ao aumentar os tributos sobre esses produtos, visando à promoção da saúde pública e à redução dos gastos com o tratamento de doenças relacionadas ao seu uso excessivo.

No entanto, cabe aos governantes não apenas minimizar as fontes das enfermidades, mas também promover o desenvolvimento de estratégias para verificação de uma sociedade justa e igualitária, sendo essencial auxiliar àqueles com maiores dificuldades na realização de atividades da vida cotidiana. É esta argumentação que fundamenta o dever de tratamento diferenciado para as pessoas com deficiência, que enfrentam despesas adicionais em comparação com as pessoas sem deficiência.

A tributação extrafiscal entra como instrumento fundamental para equalizar esse cenário, visto que pode isentar pessoas com necessidades

[7] [...] No valor arrecadado pela Agricultura, Pecuária e Serviços Relacionados, cerca de 2,8 bilhões de reais, inclui-se a contribuição do Imposto de Exportação, que representou, no ano de 2019, a importância de 16.331,04 de reais. Sim, é isso: as exportações do agronegócio brasileiro alcançaram a cifra de 96 bilhões de dólares em 2019 e a arrecadação de imposto de exportação foi de 16 mil reais. Enquanto isso, a Argentina, maior produtor e exportador de farelo de soja do mundo, cobra 30% de imposto de exportação dos produtores locais. Nesse quesito, Maradona é melhor que Pelé. [...] (DIREITOS HUMANOS NO BRASIL 2020 Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos)

especiais, tal qual as que necessitam de apoio por meio da tecnologia assistiva para desenvolverem as atividades da vida civil.

Destaca-se no que tange às políticas fiscais ativas hoje, para amparo das pessoas com algum tipo de deficiência, a isenção do imposto sobre a renda que forem aposentadas e estejam ou já foram acometidos por doenças graves; isenção para pessoas com deficiência física, visual, mental severa ou profunda, ou autistas sobre o IPI na compra de veículos automotores para o transporte próprio, e alguns Estados também têm disposição no sentido de isentar essas pessoas do pagamento do ICMS quando da aquisição desses veículos.

2. DESCONSTRUINDO O ESTIGMA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O estigma associado às pessoas com deficiência não é uma temática atual, ela transcende as barreiras do tempo e espaço e tais circunstâncias se perpetuam acentuando uma progressiva segregação dessa classe social dentro do contexto brasileiro (Mazzotta e D'Antino, 2011[8]). De antemão, é necessário compreender quem são os sujeitos pertencentes a essa denominação.

Nos termos da proteção internacional das pessoas com Deficiência o artigo 1º da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, registra que pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (ONU, 2006).

[8] BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Seção 1, p. 1.

Embora diversos estudos destaquem as dificuldades enfrentadas pela pessoa com deficiência na sociedade, é fundamental reconhecer que ela não deve ser estigmatizada como inválida ou sem papel social relevante. Mas sim de forma contrária, os gestores devem se empenhar em mitigar as dificuldades cotidianas, equalizando o cenário, e inserindo essa parcela da nação na cadeia produtiva. O objetivo desta pesquisa é justamente destacar como as políticas fiscais podem mitigar os desafios enfrentados por essa parcela da população, ao passo que propõe medidas para garantir uma vida plena e digna para as pessoas com deficiência.

Destaca-se que apenas uma em cada quatro pessoas com deficiência concluiu o Ensino Básico Obrigatório, conforme revelou a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2022 [9]. A taxa de analfabetismo para as pessoas com deficiência foi de 19,5%, enquanto para as pessoas sem deficiência foi de 4,1% (IBGE, 2022).

O que os usuários de tecnologias assistivas buscam é tornar nítida sua fragilidade face aos obstáculos para uma vida cotidiana. Conforme revelado pela PNAD Contínua em 2022, a taxa de analfabetismo de pessoas com deficiência é 5 vezes maior quando comparada com uma pessoa sem deficiência. O objetivo é alcançar igualdade de oportunidades e condições para que possam participar plenamente na sociedade (IBGE, 2022).

3. INTERSECÇÃO ENTRE TECNOLOGIA ASSISTIVA E POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS

9 BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Seção 1, p. 1.

Em relação à busca por integração e autonomia de pessoas com deficiência, a Tecnologia de Assistiva (TA)[10] desenvolve caráter fundamental, quando oferece oportunidades para estes sujeitos, valorizando a equidade e igualdade, permitindo uma participação mais ativa na comunidade.

Porquanto, essas soluções que variam desde softwares especializados até dispositivos adaptados para tarefas cotidianas possuem o potencial de revolucionar e conferir maior autonomia, integração e bem-estar. Como disposto nos artigos 74 e 75, inciso IV da Lei n.º 13.146/2015[11].

Dessa forma, ao implementar medidas que fomentem acesso universal aos recursos de TA, não apenas atende princípios éticos e legais da justiça social, mas também investe no desenvolvimento humano e inclusivo.

Em relação à utilização da tecnologia assistiva em fator de influência às políticas e ações afirmativas, de há muito já registrou Aristóteles[12] (2013, p. 100), veja-se:

> Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputa e queixas (como quando iguais recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes desiguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas "de acordo com o mérito de cada um", pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido (ARISTÓTELES, 2013).

10 Tecnologia Assistiva é uma expressão nova, que se refere a um conceito ainda em pleno processo de construção e sistematização. A utilização de recursos de Tecnologia Assistiva, entretanto, remonta aos primórdios da história da humanidade ou até mesmo da pré-história. Qualquer pedaço de pau utilizado como uma bengala improvisada, por exemplo, caracteriza o uso de um recurso de Tecnologia Assistiva (GALVÃO FILHO, 2009).

11 [...] Art. 74. É garantido à pessoa com deficiência acesso a produtos, recursos, estratégias, práticas, processos, métodos e serviços de tecnologia assistiva que maximizem sua autonomia, mobilidade pessoal e qualidade de vida. Art. 75. O poder público desenvolverá plano específico de medidas, a ser renovado em cada período de 4 (quatro) anos, com a finalidade de: [...] IV - eliminar ou reduzir a tributação da cadeia produtiva e de importação de tecnologia assistiva; [...] (BRASIL, 2015)

12 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 6ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

Aristóteles conclui que a igualdade material de fato só será plenamente concretizada no mundo tangível quando o próprio corpo social compreender e assim passar a valorizar a expansiva diversidade da qual esta se desenvolve. Dessa forma, vigora o entendimento que ao tratar um indivíduo desigual considerando suas características específicas é necessário um olhar mais cuidadoso e inclusivo para se alcançar tal preceito: a igualdade.

Ao reconhecer e respeitar tais singularidades, é possível construir um espaço igualitário ao permitir que todos os cidadãos tenham acesso às mesmas oportunidades e direitos garantidos em lei. Desta forma, com o instituto de lograr tal realidade, ou seja, a promoção da acessibilidade a pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida, estabelece-se o direito destas as ajudas técnicas.

Nos termos dispostos no artigo 61 do Decreto n.º 5.296[13] de 2 de dezembro de 2004, consideram-se ajudas técnicas os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoal, total ou assistida. O pesquisador Galvão Filho promove a seguinte afirmação sobre o tema, veja-se:

> No Brasil, o processo de apropriação e sistematização do conceito e classificação de Tecnologia Assistiva é ainda mais incipiente e recente. A expressão "Tecnologia Assistiva" com frequência é utilizada na língua portuguesa ao lado das expressões "Ajudas Técnicas" e "Tecnologia de Apoio", na maioria das vezes como sinônimos, em outras, apontando diferenças no sentido de cada uma delas (GALVÃO FILHO, 2009).

13 BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Seção 1, p. 1.

Os artifícios desenvolvidos para o auxílio às pessoas com deficiência compreendem um leque de equipamentos altamente adaptativos concebidos para assistência em atividades relacionadas à mobilidade, comunicação ou até atividades que abarcam os setores educativos, laborais e recreativos. Trata-se, pois, dos meios utilizados para viabilizar a plena inserção dessas pessoas na esfera social, propiciando a estes, funcionalidades que lhes conferem autonomia, inclusão e, sobretudo, a exploração dos seus interesses, igualdade de oportunidades e desenvolvimento de habilidades.

Diversas são as esferas nas quais as tecnologias assistivas são aplicadas. No setor tecnológico, o auxílio é empregado através de softwares desenvolvidos para transcender as limitações pessoais do indivíduo receptor, como por exemplo a utilização de reconhecimento de voz, sistema de previsão de palavras e de leitura de tela, sistemas de navegação para cegos, legenda e descrição em audiovisuais, entre outras.

Em destaque, já fora do campo virtual, dispositivos assistivos também podem se fazer presentes na vida cotidiana, como por exemplo equipamentos de auxílio locomotivo, como cadeiras de rodas motorizadas, próteses mecânicas e exoesqueletos, de acordo como afirma o escritor Bersch[14] (2013), a tecnologia de apoio é definida como um suporte que possibilita a expansão das habilidades funcionais deficientes ou facilita a execução de tarefas dificultadas por deficiência ou avanço da idade.

Ademais, atividades simples do dia a dia, como o ato de comer, tomar banho ou vestir-se também estão amparadas por essas tecnologias através do uso de utensílios adaptados para tais circunstâncias. O domínio intelectual, laboral e escolar também não fica de fora, ao serem recepcionados por equipamentos ergonômicos, desenvolvidos com softwares capazes de auxiliar nos mais diversos tipos de limitações existentes.

[14] BERSCH, Rita. Introdução à tecnologia assistiva. Porto Alegre, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3472541/mod_resource/content/1/Introducao_Tecnologia_Assistiva.pdf . acesso em 12 mar. 2024.

4. BENEFÍCIOS FISCAIS COMO FACILITADORES À TECNOLOGIA ASSISTIVA

No contexto tributário brasileiro foram criadas vantagens fiscais de forma estratégica, voltadas a pessoas com deficiência com finalidade de promover inclusão e equidade. Desse modo a isenção de Imposto de Renda para esta parcela da população brasileira a qual enfrenta altos custos na manutenção de saúde, seja física ou mental de sua condição atípica, como consta na Lei Federal nº 7.713/1988[15].

Conforme registra o artigo 175 Código Tributário Nacional, apenas pode excluir o crédito tributário a isenção e a anistia, devendo então as políticas econômicas e sociais, estimulando investimentos e dirimindo desigualdades por meio da exclusão de crédito tributário.

Ademais, no que tange a Anistia tributária ocorre a extinção do fato ilícito, tendo efeitos retrospectivos para impedir punições, quando ligadas a crises políticas, sociais ou econômicas[16].

Sendo assim, a isenção fiscal funciona como uma prevenção, evita a cobrança do imposto se antecipando ao evento que o geraria. Embora ambas sejam formas de excluir a obrigação tributária, a anistia se assemelha mais a um cancelamento de imposto, sendo utilizada para situações que já ocorreram.

[15] BRASIL, Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8989.htm>. Acesso em 14 mar. 2024.

[16] ANISTIA: Tem efeitos retrospectivos; Impede a punibilidade; Relaciona-se ao fato ilícito, recortando-o do campo de aplicação da sanção. ISENÇÃO: Tem efeitos prospectivos; Impede a tributação; Relaciona-se à hipótese de incidência tributária, recortando a situação ou pessoa isenta do campo de incidência." (MOREIRA, 2019).

5. REVISÃO E ATUALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

A avaliação crítica da eficácia e aplicabilidade das leis existentes no que se refere à inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência traz bastante complexidade. Apesar de existirem diversas legislações direcionadas para o grupo, como a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência[17] ou a Lei n. 8.989 de 1995, muitas vezes, as normativas acima relatadas apresentam diversas lacunas relacionadas com a efetivação.

Nesse liame, está contida a Lei nº 13.146/2015[18], conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que estabelece diretrizes para fomentar a acessibilidade e inclusão, porém, tendo sua efetividade limitada, uma vez que requer o respaldo de outras leis para produzir resultados completos. Por exemplo, o artigo 75 deste estatuto determina a implementação de medidas específicas pelo poder público, como facilitar o acesso a crédito especializado e simplificar os processos de importação de tecnologia assistiva. Todavia, a concretização dessas medidas frequentemente enfrenta obstáculos decorrentes de entraves burocráticos e escassez de recursos.

Diante desse contexto, é importante que seja feita uma atualização e aprimoramento da legislação para cobrir lacunas e atender às novas demandas na promoção da inclusão. Nesse sentido, é essencial rever as normas existentes e propor ações que aprimorem sua aplicação e eficácia, o que pode envolver a expansão e o reforço das iniciativas de estímulo à pesquisa e à produção nacional de tecnologia assistiva, conforme estabelecido no artigo 75 da lei nº 13.146/2015.

17 BRASIL, Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8989.htm>. Acesso em 14 mar. 2024.

18 BRASIL. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 12 mar. 2024.

Outrossim, se faz necessário a revisão dos impostos sobre a cadeia de produção e importação de tecnologia assistiva, com o objetivo de diminuir ou eliminar custos que possam prejudicar a acessibilidade e disponibilidade desses produtos. Além disso, o estabelecimento de sistemas de acompanhamento e análise da aplicação das medidas estipuladas na lei, assegurando sua eficácia e identificando setores que requerem modificações ou reforços.

6. CREDITAMENTO DA CADEIA PRODUTIVA EM PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS DESTINADOS À PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A questão do creditamento de impostos sobre tecnologias assistivas emerge no contexto da busca pela equidade e inclusão de pessoas com deficiência visto suas dificuldades na vida cotidiana já exaustivamente afirmado, e dessa forma vê-se como necessárias ferramentas para viabilizar essas tarefas.

A possibilidade de creditar os impostos pagos na aquisição dessas tecnologias não apenas representa um ato de justiça social, mas também se revela como uma medida estratégica para promover a inclusão e o desenvolvimento econômico.

Uma vez que é totalmente improvável que os legisladores federais façam um dispositivo normativo elencando cada tecnologia existente e inclusão de novas que apareçam no mercado isentando-as dos impostos nelas incidentes, uma vez que não é possível a aplicação da analogia no direito tributário, e uma isenção deve ser objetiva, logo, a lei que isenta produtos de tecnologia assistiva pode ter dificuldade em distinguir quais produtos tecnológicos são para amparo de pessoas com deficiência, e quais não são.

Dessa forma, faz-se necessário mencionar a possibilidade de a pessoa com deficiência se creditar do imposto pago quando da aquisição de tecnologia para auxílio na sua vida cotidiana, e aproveitar esses créditos em outros impostos que incidam sobre ele.

Estamos tratando de ferramentas essenciais para permitir que pessoas com deficiência participem plenamente da sociedade e do mercado de trabalho. Essas tecnologias, que incluem desde próteses e órteses até softwares de comunicação alternativa que representam investimentos significativos para esses indivíduos e suas famílias. Fica evidente para o legislador que uma prótese de um membro será destinada para uma pessoa com deficiência, contudo, a aquisição de um software de leitura pode não ser visto tão claramente como uma aquisição para auxílio de uma pessoa com deficiência.

Ao permitir o creditamento dos impostos pagos na aquisição dessas tecnologias, estamos reconhecendo e compensando as desigualdades enfrentadas por pessoas com deficiência, garantindo-lhes acesso às ferramentas necessárias para uma vida independente e produtiva e dessa forma promovendo a igualdade não apenas formal, mas a igualdade material que a nossa constituição federal almeja.

Além disso, o creditamento de impostos sobre tecnologias assistivas é uma medida econômica estratégica. Ao facilitar o acesso desses indivíduos a tecnologias que promovem sua participação ativa na economia, estamos estimulando o desenvolvimento de habilidades, o empreendedorismo e a geração de empregos.

Com uma carga tributária reduzida sobre essas tecnologias, estamos incentivando investimentos no setor, promovendo a inovação e expandindo o mercado para produtos e serviços voltados para pessoas com deficiência. Isso não apenas beneficia diretamente esses indivíduos, mas também

contribui para o crescimento econômico e a competitividade do país como um todo.

Em resumo, o creditamento de impostos sobre tecnologias assistivas é não apenas viável, mas também altamente benéfico para a sociedade como um todo. Ao reconhecer as necessidades específicas de pessoas com deficiência e garantir-lhes benefícios fiscais adequados, estamos construindo uma sociedade mais inclusiva, justa e próspera para todos. Portanto, é essencial que os governos e a sociedade como um todo adotem medidas concretas para promover o creditamento de impostos sobre tecnologias assistivas, aproveitando o potencial transformador dessas ferramentas para impulsionar o desenvolvimento econômico e social.

7. MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO CONTÍNUA

Para garantir que as políticas de inclusão e acessibilidade sejam efetivamente implementadas, é fundamental não apenas criar e aplicar essas políticas, mas também acompanhar e analisar regularmente sua eficácia e importância ao longo do tempo. Além disso, a avaliação busca uma análise mais aprofundada do impacto e eficácia das políticas, verificando se estão alcançando os resultados desejados e realizando ajustes conforme necessário.

Outrossim, é importante destacar a identificação de indicadores e referências adequadas como parte crucial para avaliar o progresso na promoção da inclusão e acessibilidade. Nesse sentido, pode-se incluir indicadores quantitativos, como índices de participação em programas de inclusão, acesso a serviços e oportunidades de emprego, bem como indicadores qualitativos, como percepção da qualidade de vida e satisfação com os serviços oferecidos.

Por meio disso, é essencial assegurar a participação ativa de uma variedade de partes interessadas, incluindo pessoas com deficiência, grupos da sociedade civil, especialistas e representantes do governo, no acompanhamento e avaliação de políticas. Isso garante que as visões e necessidades da comunidade sejam levadas em conta, permitindo adaptações nas políticas conforme necessário.

Esse processo constante ajuda a identificar áreas que necessitam de maior atenção e intervenção, enquanto avalia o impacto das políticas ao longo do tempo. Dessa forma, é viável realizar os ajustes requeridos para manter a relevância e eficácia das políticas, tal como vemos no Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2020.

8. MOROSIDADE DOS AGENTES LEGISLATIVOS CONQUANTO AS NECESSIDADES DA SOCIEDADE

Frédéric Bastiat[19] (1850, p. 12), economista e jornalista francês, destaca a importância da forma normativa da lei e estabelece que é através dela que é ofertado aos cidadãos, suas liberdades e propriedades inerentes, ou seja, concretizar no mundo real os direitos e garantias e assim fazê-los valer com todo seu poder imperativo para salvaguardar a proteção jurídica daqueles que dela gozam.

Embora a República Federativa do Brasil seja reconhecida em âmbito internacional pela sua árdua dedicação a promover a concretização dos Direitos Humanos, o que se afigura na realidade, é um caminhar tardio e muitas das vezes estagnado para sua regulamentação, principalmente no que tange às problemáticas recorrentes a classe das pessoas com deficiência.

[19] BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

No que concerne a tributação extrafiscal como meio de acesso à tecnologia assistiva, fica evidente que a problemática não reside na deficiência legislativa quanto a temática aqui levantada, mas sim a morosidade dos agentes legislativos à impulsão de projetos já propostos para o desenvolvimento e implementação de políticas efetivas nesse sentido.

O fator basilar que enseja o atraso nas ações legislativas reside no espírito conflitante resultante do "partidarismo político" brasileiro. A conjuntura partidária brasileira é altamente polarizada, ocasionando assim que as demandas fiquem à mercê de impasses e conflitos resultantes da falta de diálogo, cooperação e consenso sobre as questões debatidas. Isso acaba dificultando o progresso da agenda legislativa, já que raramente há acordo entre a maioria e a minoria na câmara em relação a temas importantes, o que resulta na constante postergação ou subjugação de questões de relevância jurídica a interesses políticos (Valente, 2014)[20].

Tramita nas casas legislativas o PL 492/2020[21] que isenta produtos de tecnologia assistivas dos impostos de produtos industrializados e de importação, dessa forma vemos que não ocorre um desconhecimento do legislador na importância da isenção dos tributos sobre tecnologia assistiva, mas sim uma morosidade conquanto à sua aprovação.

A delonga na implementação de ações legislativas implica na perpetuação de problemas como a desigualdade, minar a confiança pública no governo e restringir o espaço fiscal necessário para políticas prioritárias. Outrossim, essa morosidade pode engendrar frustração e desinteresse entre

20 VALENTE, Ivan. Morosidade do Legislativo é seletiva e responde a interesses econômicos. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/07/25/morosidade-do-legislativo-e -seletiva -e-responde-a-interesses-economicos.htm . Acesso em: 5 mar. 2024.

21 BRASIL. Projeto de Lei nº 492, de 4 de março de 2020. Concede isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto de Importação (II) sobre produtos de tecnologia assistiva destinados às pessoas com deficiência. Autor: Geninho Zuliani (DEM/SP). Situação: Aguardando designação de relator(a) na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Disponível em: <[link do projeto, se houver]>. Acesso em: [data de acesso].

os cidadãos, culminando em uma ausência de engajamento no processo legislativo e uma desconexão entre governantes e governados.

A tributação extrafiscal poderia ser uma ferramenta valiosa para facilitar o acesso à tecnologia assistiva. No entanto, a falta de iniciativas legislativas reflete não apenas uma falta de priorização da questão suscitada, como também uma negligência em relação às necessidades das pessoas com deficiência no acesso a recursos essenciais para sua inclusão e qualidade de vida.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia assistiva surgiu como um mecanismo de fundamental importância, esta que desempenha um papel central para as pessoas com deficiência em âmbito brasileiro. Por meio desta, indivíduos com os mais diversos tipos de limitações conseguem reafirmar seus lugares, participando ativamente na vida social, a qual preceitua a Constituição como lugar de igualdade e inclusão. A gama de opções disponíveis que auxiliam a classe PCD (pessoas com Deficiência) é vasta e multifacetada, incluindo desde dispositivos acessíveis, até tecnologias avançadas de difícil acesso.

Partindo desse pressuposto, a obtenção de tais engenharias pode esbarrar na problemática financeira do indivíduo que dela necessita, o que evidencia a importância dos benefícios fiscais como mediador para torna-los acessíveis. Tais políticas são de suma importância para tornar as tecnologias assistivas mais disponíveis, o que amplia significativamente o número de pessoas que dela necessitam, mas que pôr as mais demasiadas razões não as possuem. Dessa forma, infere-se que os benefícios são necessários para a mitigação das disparidades socioeconômicas brasileiras, oferecendo aos cidadãos que portem alguma deficiência, visando a democratização dos recursos que promovem a sua inclusão e bem-estar.

Dessa forma, a utilização desses recursos fiscais necessita ser acompanhada de políticas iniciativas e, posteriormente, regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa se justifica com fulcro em garantir sua implementação, fiscalização e eximir em parte a burocracia excessiva que ocasionalmente cria barreiras adicionais para aqueles que buscam acessar esses benefícios.

A combinação de tecnologia assistiva e benefícios fiscais não apenas oferece uma oportunidade significativa para promover a inclusão de pessoas com deficiência no Brasil, mas figura como uma necessidade para a correta inclusão da totalidade da população. Uma vez que se tornam esses recursos mais acessíveis e incentivar seu uso adequado, podemos construir uma sociedade mais inclusiva e igualitária, onde todos tenham a oportunidade de participar plenamente da vida social, econômica e cultural do país. Assim, visto o relatado, é central que haja uma colaboração estreita entre o governo, o setor privado e organizações da sociedade civil para garantir que os benefícios fiscais sejam aplicados de forma justa e eficiente.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 6ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BASTIAT, Frédéric. A Lei. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BERSCH, Rita. Introdução à tecnologia assistiva. Porto Alegre, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3472541/mod_resource/content/1/Introducao_ Tecnologia_Assistiva.pdf . acesso em 12 mar. 2024.

BOMFIM, Diego Marcel Costa. Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limitaçãoe controle. 2014. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BRASIL, Lei Federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Dispõe sobre o Imposto de Renda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL, Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas com deficiência. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8989.htm>. Acesso em 14 mar. 2024.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm#:~:text=Disposi% C3%A7%C3%B5es%20Gerais>. Acesso em 11. mar. 2024

BRASIL. Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 12 mar. 2024.

CALIENDO, Paulo. Limitações constitucionais ao poder de tributar com finalidade extrafiscal. Revista Nomos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

CARVALHO, G. S.; Ferreira, C. S. Isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI) para pessoas com deficiência. XVIII Semana Universitária, XVII Encontro de Iniciação Científica e X Feira de Ciência, Tecnologia e Inovação da UNIFIMES, v. 1 n. 1 (2023), p. 100-120, 2023. Disponível em:[https://publicacoes.unifimes.edu.br/index.php/anais-semana-universitaria/article/view/3296/2065]. Acesso em: 05/04/2024.

CARVALHO. Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 7ª ed. São Paulo:Noeses, 2018.

Direitos humanos no Brasil 2020: relatório da rede social de Justiça e Direitos Humanos / [organização: Daniela Stefano e Maria Luisa Mendonça]. - 1.ed. - São Paulos: Outras Expressões, 2020.

GALVÃO FILHO, T. A. A Tecnologia Assistiva: de que se trata? In: MACHADO, G. J. C.; SOBRAL, M. N. (Orgs.). Conexões: educação, comunicação, inclusão e interculturalidade. 1 ed. Porto Alegre: Redes Editora, p. 207-235, 2009.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: [Pnad Contínua - Pessoas com Deficiência 2022]. Rio de Janeiro, [2022].

MAZZOTTA, Marcos José da Silveira; D'ANTINO, Maria Eloísa Famá. Inclusão social de pessoas com deficiências e necessidades especiais: cultura, educação e lazer. Saúde e Sociedade, v. 20, n. 2, jun. 2011. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902011000200010.

MOREIRA, André Mendes. Anistia. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo:

ONU. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Nova York, 13 de dezembro de 2006.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:<https://enciclopedia juridica. pucsp.br /verbete/267/edicao-1/anistia>. Acesso em: 11 mar. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 17ª ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2010.

VALENTE, Ivan. Morosidade do Legislativo é seletiva e responde a interesses econômicos. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/07/25/morosidade-do-legislativo-e -seletiva -e-responde-a-interesses-economicos.htm . Acesso em: 5 mar. 2024..